

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**

**CRISTINA KRUSSEWSKI**

**DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR:  
APONTAMENTOS GERAIS SOBRE AS INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS  
E ALGUNS ASPECTOS DE SUA RELAÇÃO COM O DIREITO PENAL**

**CURITIBA  
2010**

**CRISTINA KRUSSEWSKI**

**DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR:  
APONTAMENTOS GERAIS SOBRE AS INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS  
E ALGUNS ASPECTOS DE SUA RELAÇÃO COM O DIREITO PENAL**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre, Área de Concentração em Direito do Estado, da Universidade Federal do Paraná.

Orientadora:  
Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Angela Cassia Costaldello  
Co-orientador:  
Prof. Dr. Fabio André Guaragni

**CURITIBA  
2010**

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

CRISTINA KRUSSEWSKI

### **DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: APONTAMENTOS GERAIS SOBRE AS INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS E ALGUNS ASPECTOS DE SUA RELAÇÃO COM O DIREITO PENAL**

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito, área de concentração de em Direito do Estado, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Angela Cassia Costaldello  
Universidade Federal do Paraná

Co-orientador: Prof. Dr. Fabio André Guaragni  
UNICURITIBA – Faculdades Curitiba

Prof. Dr. Luiz Alberto Blanchet  
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Curitiba, 07 de junho de 2010.

## **AGRADECIMENTOS**

Aos meus pais e ao meu marido, pelo amor, carinho, apoio e principalmente pela compreensão e incentivo durante todo o tempo em que me dediquei ao programa de mestrado.

À professora Angela Cassia Costaldello que, sempre muito gentil e perspicaz, tornou essa jornada extremamente rica e proveitosa.

Ao professor Fábio André Guaragni, que desde os primeiros anos da Faculdade de Direito desperta com seus ensinamentos a paixão pelo Direito e pelo ideal de justiça.

## RESUMO

O Direito Administrativo Sancionador é uma matéria nova na Ciência Jurídica e apenas nos últimos anos é que despertou o interesse da doutrina brasileira. A partir das características da sociedade pós-industrial e da chamada criminalidade econômica, que têm conduzido tanto a sociedade quanto o direito a uma tendência sancionadora que pode ser observada, praticamente, no mundo todo, foi proposto um estudo das infrações administrativas que aborda na perspectiva da dogmática as contribuições do enfoque zetético. Mediante uma postura crítica e considerando a historicidade do direito brasileiro, pretendeu-se desvendar, com o auxílio da zetética, a estrutura de poder encoberta pelas concepções jurídicas aparentemente neutras e, dessa forma, nos momentos de abertura interpretativa da dogmática, procurou-se estabelecer limites ao poder sancionador estatal. A dissertação teve por objeto uma aproximação entre as infrações administrativas e penais e passa pela crise experimentada pelo Direito Penal neste momento de transição paradigmática em que o Direito Administrativo Sancionador aparece como uma das saídas para a manutenção de um Direito Penal de tradição garantista e, ao mesmo tempo, como instrumento apto a conferir uma maior sensação de segurança aos indivíduos. No trabalho foram apresentadas a Teoria Unitária do Poder Sancionador Estatal e as construções dogmáticas do Direito Penal de Polícia, Direito Administrativo Penal, Infrações de Ordem, chegando-se ao Direito Administrativo Sancionador. Sobre este novo ramo, ainda, foi abordada a sua relação com o Direito Penal, a Constituição Federal de 1988 e algumas noções sobre seus princípios informadores.

**Palavras-chave:** Ilícito administrativo. Ilícito penal. Direito Administrativo Sancionador.

## **ABSTRACT**

The Administrative Sanction Law is a new field of study in Law Science and only recently has drawn the attention of the Brazilian Doctrine. Initiating from the characteristics of the post industrial society and the so called economic criminality, which have been veering the society and the law to a sanctioning approach, a study of the administrative infractions is proposed. The proposed study encompasses the dogmatic perspective the contribution from the zetetic point of view. By means of a critic position, considering the history of the Brazilian law, the goal is to unveil, aided by the zetetic approach, the structure of power hidden by conceptions of law apparently neutral. This path, benefiting from moments of wider interpretation in the dogmatic, aims to establish limits to the government's sanctioning power. This dissertation has as objective to narrow the gap between the administrative and penal infractions and discuss the actual crisis in the Criminal Law by a paradigmatic transition period when the Administrative Sanction Law arises as one of viable crisis ending paths in the maintenance of a classic Criminal Law, while at the same time serves as the instrument which will provide a higher state of assurance to the individuals. In this work were presented the Unitarian Theory of the Government Sanctioning Power and the dogmatic constructions of the Enforceable Penal Law, Administrative Penal Law, Order Infractions, all the way to the Administrative Sanction Law. Within this new framework its relation to the Penal Law, the Brazilian Federal Constitution of 1988 and some basic notions of its originating principles are discussed.

**Keyword:** Administrative illicit. Criminal illicit. Administrative Sanction Law.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>1 ILÍCITO E SANÇÃO NA CIÊNCIA DO DIREITO: NOÇÕES</b>	
<b>INTRODUTÓRIAS .....</b>	<b>12</b>
1.1 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS .....	12
1.2 OS ÂNGULOS DE ESTUDO DO DIREITO (THEODOR VIEHWEG) .....	23
1.2.1 Zetética jurídica .....	23
1.2.2 Dogmática jurídica .....	24
1.2.3 A teoria e a postura crítica .....	26
1.3 O ORDENAMENTO JURÍDICO, NORMAS, ILÍCITOS E SANÇÕES.....	33
1.3.1 Ordenamento, normas e relações jurídicas .....	33
1.3.2 Normas, regras e princípios.....	39
1.3.3 Normas de conduta e de estrutura, regras primárias e secundárias: o Ilícito .....	42
1.3.4 As sanções jurídicas positivas e negativas no ordenamento.....	48
1.3.5 Coação e sanção.....	51
<b>2 O ESTADO E O CONTROLE SOCIAL INSTITUCIONALIZADO .....</b>	<b>53</b>
2.1 A DINÂMICA ENTRE ESTADO, PODER E FORÇA .....	53
2.2 DO ESTADO DE POLÍCIA AO ESTADO DE DIREITO .....	56
2.2.1 Breve visão dos primórdios do Direito Administrativo e do Poder de Polícia.....	57
2.2.2 Direito Penal, <i>Ius Puniendi</i> e os grandes períodos de desenvolvimento da solução institucional.....	71
2.3 CONFLITOS E CONTROLE SOCIAL .....	75
2.3.1 Controle social difuso e institucionalizado .....	75
2.3.2 O controle social institucionalizado do sistema penal e as teorias quanto ao propósito da punição .....	78
2.3.3 As críticas da criminologia ao sistema punitivo .....	80
2.4 A "CRISE" DO DIREITO PENAL, A PROPOSTA DE UM "DIREITO DE INTERVENÇÃO" E A CRIMINALIDADE ECONÔMICA .....	84
2.4.1 A "crise" do Direito Penal e as vias de superação.....	84
2.4.2 Criminalidade econômica .....	96

<b>3</b>	<b>ILÍCITOS ADMINISTRATIVOS: A VERTENTE SANCIONATÓRIA DO DIREITO ADMINISTRATIVO OU O OBJETO DE UM NOVO RAMO DA CIÊNCIA DO DIREITO?</b>	99
3.1	INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS E PENAS: UMA APROXIMAÇÃO.....	99
3.1.1	Relação jurídica administrativa e a imputação de sanções .....	99
3.1.2	As manifestações do poder punitivo estatal .....	101
3.1.3	Infração administrativa e penal: há uma diferença substancial? .....	117
3.1.4	As consequências da teoria unitária do <i>ius puniendi</i> .....	134
	<b>CONCLUSÃO</b> .....	146
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	157



## INTRODUÇÃO

O objetivo dessa dissertação é de apresentar algumas das construções dogmáticas sobre o Direito Administrativo Sancionador, bem como as relações entre infrações administrativas e penais, utilizando-se da zetética para fazer algumas das críticas às teorias aqui apresentadas, bem como para informar algumas das escolhas dogmáticas a partir das opções filosóficas e sociológicas trabalhadas.

Destaque-se, de antemão, que as críticas e considerações aqui apresentadas são as que melhor representam o atual posicionamento da mestrandia quanto ao tema, mas o tratamento aqui conferido ao assunto não tem a pretensão de ser exaustivo, conclusivo, nem imutável, pois como já disse Popper, aqueles que não estão dispostos a expor suas idéias à aventura da refutação, não fazem parte do jogo da ciência.

Ainda, diante do grande volume de material encontrado no direito espanhol<sup>1</sup> sobre o tema, optou-se por deixar de abordar de forma exaustiva os textos legais positivados brasileiros, bem como a jurisprudência pátria e estrangeira, que são trazidos, ao longo do trabalho, como exemplos.

Essa escolha ocorreu por duas razões.

A primeira leva em consideração que as teorias dogmáticas que foram construídas sobre o tema das infrações administrativas – principalmente no que

---

<sup>1</sup> O espanhol Alejandro Nieto é contrário à larga utilização de referenciais teóricos estrangeiros em construções dogmáticas de direito administrativo sancionador, bem como de meros resumos de obras clássicas, remetendo seu leitor aos originais. Entretanto, diferentemente da situação espanhola, na produção dogmática brasileira não há a mesma abundância de materiais em sede de direito administrativo sancionador. Também não é possível apenas sugerir a leitura dos originais de James Goldschmidt e de Heinz Mattes – complementada pelas obras dos espanhóis Suay e Lozano sobre Direito Penal Administrativo (MATTES, Heinz. *Untersuchungen zur Lehre Von den Ordnungswidrigkeiten: Gesschichte und Rechtsvergleichung* "Investigações sobre a teoria das infrações de ordem. História e Direito comparado". Editorial Duncker & Humblot: Berlim, 1977; GOLDSCHMIDT, James. *Das Verwaltungsstrafrecht. Eine Untersuchung der Grenzgebiete zwischen Strafrecht und Verwaltungsrecht auf rechtsgeschichtlicher und rechtvergleichender Grundlage*. Berlim, 1902), sem apresentar uma síntese das idéias sobre o tema porque tais obras ainda não foram traduzidas para o português, portanto, são acessíveis à maioria dos brasileiros pelo intermédio de autores que se dedicaram ao estudo dos originais alemães ou de versões traduzidas para outros idiomas. Das obras acima referidas, apenas o primeiro volume da obra de Mattes foi traduzida para o espanhol: MATTES, Heinz; MATTES, Herta. **Problemas de Derecho Penal Administrativo**: Historia y Derecho Comparado. Tradução e notas de José María Rodríguez Devesa. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1979. Nela é contada a história dogmática e normativa do Direito Administrativo Sancionador.

concerne às poucas obras brasileiras – observaram a metodologia pertinente a esse tipo de abordagem e, portanto, obedeceram a regra de vinculação às normas, bem como ao compromisso de resolução dos conflitos e, destarte, já analisaram os textos legais pertinentes e a jurisprudência sobre o assunto, o que não implica, entretanto, na impossibilidade de críticas.

A segunda reside na consciência de que juristas incidem no equívoco, diante do método dogmático, de confrontar suas teorias com a ordem jurídica positivada, e, ante algumas inconsistências que eventualmente sejam encontradas, acabam por adaptar suas concepções teóricas à realidade de forma acrítica. A construção de uma teoria dogmático-jurídica deve guardar pertinência com elementos da realidade, bem como deve reformar e criar novos institutos para adequar a Ciência Jurídica ao momento histórico e que realize essa tarefa de forma crítica e não meramente encobridora de um sistema de dominação.

Outro ponto que há de se esclarecer é a não delimitação da temática a um tipo específico de infração administrativa, o que se deu por três fundamentos.

O primeiro diz respeito ao intuito de manter a fidelidade em relação a um dos motivos que ensejaram o presente estudo: as dificuldades práticas que os operadores do direito encontram quando se deparam com as infrações administrativas, uma vez que estas carecem de sistematização. Os ilícitos dessa natureza são tratados de maneira pulverizada e desorganizada em nosso ordenamento jurídico e não há um diploma que estabeleça diretrizes gerais a serem observadas.

Assim, outro objetivo que se pretende alcançar com o trabalho é o de trazer alguns elementos dogmáticos que auxiliem os operadores do direito a trabalharem com as infrações administrativas, o que, destaque-se, não tem a pretensão de ser uma teoria da infração administrativa, mas uma contribuição ao seu estudo.

O segundo fundamento está baseado na crítica trazida por Alejandro Nieto aos autores espanhóis que, embora tenham pretendido estudar o tema do Direito Administrativo Sancionador delimitando-o a um tipo específico de infração, acabaram na contingência de ter de construir uma Teoria Geral de Direito Administrativo Sancionador e que essa teoria geral, dada a delimitação do tema a um tipo específico de infração, o pode culminar em uma teoria "caolha", decorrente de uma visão unilateral e tendenciosa do tema:

Mas é claro que, em qualquer caso, deve-se iniciar pela "Parte Geral" – cujo conteúdo acaba de ser enunciado [as Teorias Poder Sancionador ou Prerrogativa Sancionadora; da Infração; da Sanção, assim como um Direito Processual próprio] –, pois sem ela é muito difícil desenvolver de maneira congruente os diferentes capítulos da Parte Especial do Direito Administrativo Sancionador. E me refiro à experiência. Nos ramos do Direito escassamente desenvolvidos – como é o caso do Direito Administrativo Sancionador, ao menos até pouco tempo – os autores limitam-se a glosar os preceitos sancionadores de qualquer ramo do Ordenamento positivo (*montes*<sup>2</sup>, águas, urbanismo). Contudo, quando querem retornar ao geral para sair da exegese literal encontram a enorme dificuldade de não contar com um ponto de referência de dogmática geral (por exemplo, sobre a culpabilidade ou a reserva de lei), com a consequência de que acabam sendo forçados a elaborar por si mesmos os conceitos essenciais da Parte Geral e incluí-los em sua exposição setorial. Tudo isso com um custo quanto à clareza sistemática e o risco de elaborar uma Parte Geral tendenciosa ante a unilateralidade da regulação do setor que lhe serviu de base para o estudo.<sup>3</sup>

Portanto, fazendo-se um paralelo – guardadas as devidas proporções – com as observações de Hart acerca das respostas trazidas por advogados e juízes no exercício de suas atividades cotidianas sobre a natureza essencial do direito<sup>4</sup>, o estudo

---

<sup>2</sup> Vocábulo "Monte" pode fazer referência a algo que é menor que uma montanha e/ou à terra que não é utilizada pela agricultura e que é coberta por árvores, arbustos ou matas. É regulado na Espanha pela Lei n.º 43/2003 que conceitua monte como um terreno, não utilizado para a agricultura, em que são encontradas árvores, arbustos ou espécies herbáceas que sejam espontâneas ou resultado de sementeira ou plantação e que possam desempenhar funções ambientais, protetoras, produtoras, culturais, paisagísticas ou recreativas.

<sup>3</sup> Tradução livre de: *"Pero claro es, en cualquier caso, que por donde había que empezar era por la 'Parte General' – cuyo contenido acaba de ser enunciado –, pues sin ella resulta muy difícil desarrollar congruentemente los diferentes capítulos de la Parte Especial del Derecho Administrativo Sancionador. Y a la experiencia me remito. En las ramas del Derecho escasamente desarrolladas – como es el caso del Derecho Administrativo Sancionador, al menos hasta hace poco – los autores se limitan a glosar los preceptos sancionadores de cualquier rama del Ordenamiento positivo (montes, aguas, urbanismo). Ahora bien, cuando quieren remontar el vuelo y salir de la exégesis literal se encuentran con la enorme dificultad de no contar con un punto de referencia dogmática general (por ejemplo, sobre la culpabilidad o la reserva de ley), con la consecuencia de que se ven forzados a elaborarse por sí mismos los conceptos esenciales de la Parte General e incluirlos en su exposición sectorial. Todo ello a costa de la claridad sistemática y a riesgo de elaborar una Parte General sesgada por la unilateralidad de la regulación del sector que le sirve de base."* (NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. 4.ed. 2.ª reimp. Madrid: Tecnos, 2008. p.24).

<sup>4</sup> *"Yet these seemingly paradoxical utterances were not made by visionaries or philosophers professionally concerned to doubt the plainest deliverances of common sense. They are the outcome of prolonged reflection on law made by men who were primarily lawyers, concerned professionally either to teach or practice law, and in some cases to administer it as judges. Moreover, what they said about law actually did in their time and place increase our understanding of it. For, understood in their context, such statements are both illuminating and puzzling: they are more like great exaggerations of some truths about law unduly neglected, than cool definitions. They throw a light which makes us see much in law that lay hidden; but the light is so bright that it blinds us to the remainder so leaves us still without a clear view of the hole."* (HART, Herbert Lionel Adolphus. **The concept of law**. 1.ed. reimp. Oxford: Oxford University Press, 1970. p.02).

das infrações administrativas, a partir de um tipo específico de ilícito administrativo é, ao mesmo tempo, iluminador e enigmático. Iluminador porque coloca em evidência exagerada uma determinada área do Direito Administrativo Sancionador e enigmático porque acaba cegando os operadores quanto ao resto, não possibilitando uma clara visão do todo.

O terceiro motivo é também uma lição de Nieto: a necessidade de construção de uma Parte Geral do Direito Administrativo Sancionador como instrumento de segurança, pois mesmo que seja possível questionar a construção de uma teoria geral aplicável a todas as manifestações setoriais, essa possibilidade é consignada como pressuposto desse trabalho, pois:

[...] aqueles países que contam com uma Parte Geral, as relações jurídicas de repressão são incomparavelmente mais seguras, mais eficazes e mais satisfatórias para os interessados que nos países onde esse sistema não foi implantado. E tanto melhor se essa Parte Geral conta com um texto normativo de qualidade, como é o caso da Alemanha e da Itália. Ainda que seja apenas por esse motivo, deve-se insistir na elaboração da Parte Geral do Direito Administrativo Sancionador.<sup>5</sup>

Por fim, como não há uma lei específica que regule o assunto no Brasil e estabelecidos os objetivos e o tipo de abordagem do trabalho, mostra-se pertinente o estudo das noções de ordenamento jurídico, norma, ilícito e sanção da Teoria do Direito e que são o objeto do primeiro capítulo.

---

<sup>5</sup> Tradução livre de: "[...] la corrección de 'um' Derecho Administrativo Sancionador frente a la alternativa de un racimo de infracciones y sanciones administrativas materiales, tan heterogéneas que no puedan reconducirse a un mínimo común denominador; como también frente a la alternativa de una pluralidad de Derechos Administrativos Sancionadores fraccionados en Comunidades Autónomas." e "Cualquiera de estas dos opciones es plausible y si yo me he inclinado por la primera ha sido, entre otras razones que ahora sería ocioso explicar, por una tan sencilla como pragmática: en aquellos países que cuentan con una Parte General, las relaciones jurídicas de represión son incomparablemente más seguras, más eficaces y más satisfactorias para los interesados que en los países donde tal sistema no se ha implantado. Y tanto mejor si esta Parte General cuenta con un texto normativo de calidad, como es el caso de Alemania e Italia. Aunque sólo fuera por esta, debiera insistirse en la elaboración de la Parte General del Derecho Administrativo Sancionador." (NIETO, 2008, p.25).

# 1 ILÍCITO E SANÇÃO NA CIÊNCIA DO DIREITO: NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

## 1.1 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Antes de adentrarmos ao objeto propriamente dito deste estudo, são necessárias algumas breves considerações sobre as características do comportamento social no momento histórico em que vivemos e que têm conduzido tanto a sociedade quanto o direito a uma tendência sancionadora que pode ser observada, praticamente, no mundo todo.

Prestarão auxílio para o desenvolvimento dessa tarefa a obra "Introdução ao Estudo do Direito" de Tercio Sampaio Ferraz Junior, bem como a lição de Hannah Arendt sobre "A condição humana", pois este ensaio, consoante observa o autor acima referido, embora não seja uma obra jurídica, traz elementos que contribuem de sobremaneira para a compreensão da importância cultural do direito (como fenômeno decisório, um instrumento de poder e que tem a Ciência Jurídica como tecnologia) em nossa sociedade.<sup>6</sup>

Inicialmente, deve-se destacar que Hannah Arendt pretendeu designar a partir da expressão *vita activa* três atividades humanas fundamentais: labor, trabalho e ação. De acordo com a autora, a diferença entre elas reside na relação que cada uma dessas atividades guarda com as condições essencialmente humanas do nascimento/natalidade e da morte/mortalidade, sendo o labor a atividade que visa assegurar a sobrevivência do indivíduo e de toda a espécie; o trabalho aquela que tem por intuito

---

<sup>6</sup> "Por outro lado, sem perder suas múltiplas dimensões históricas, procuramos focalizar o direito como ele se manifesta hoje, no mundo burocratizado das sociedades ocidentais. A percepção dessa circunstância histórica – o direito nem sempre está numa mesma circunstância – nos fez escolher uma forma de abordagem capaz de mostrar uma peculiaridade da nossa época e de fazer-lhe a devida crítica: o direito como um fenômeno decisório, um instrumento de poder e a ciência jurídica como uma tecnologia. [...] talvez seja importante, desde já, esclarecer como o direito adquiriu culturalmente, em nossa civilização, esta característica. Para isso valemo-nos de algumas considerações de Hannah Arendt cuja obra 'A Condição Humana', embora não tenha por tema o direito, permite-nos fecundas incursões sobre a questão." (FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994. p.22).

proporcionar a maior duração possível à vida e, por fim, a ação, que ao fundar e preservar corpos políticos, cria a condição para a lembrança, para a história.<sup>7</sup>

Outro elemento relevante é o fato de que a vida do indivíduo na antiguidade clássica poderia ser dividida em familiar e *bios-politikos*, as quais corresponderiam ao que hoje conhecemos por esfera privada e pública, porém, com um significado muito distinto daquele que atualmente lhes atribuímos.<sup>8</sup>

A esfera privada tinha o sentido de "ser privado de". Era o espaço para a prática dos atos essenciais à sobrevivência humana, portanto, um lugar de "não liberdade", uma vez que todos estavam sujeitos à coação da necessidade. A vida privada ocorria no âmbito da casa (*oikia* ou *domus*), no lugar do *animal laborans* e do "processo ininterrupto de bens de consumo"<sup>9</sup>, em que se realizava o labor. Também era um espaço de desigualdade nas relações, baseadas no comando e na obediência "donde a idéia do pater famílias, do pai, senhor de sua mulher, seus filhos, seus escravos".<sup>10</sup>

Já o indivíduo que alcançava o privilégio de ser considerado "homem livre", isto é, que tinha assegurada sua sobrevivência e não estava mais sujeito à coação da necessidade, era chamado cidadão ou *cive* e encontrava seus pares na esfera pública da *polis* ou *civitas*, onde o *politikon zoon*, o animal político, praticava a ação, ou seja, a atividade humana dignificadora caracterizada por sua ilimitação e imprevisibilidade.<sup>11</sup>

Diante da instabilidade dos negócios humanos e da política, a construção de um espaço público por meio de leis mostra-se necessário para o desenvolvimento da atividade política.

Hannah Arendt registra que na acepção grega as leis assumem o contorno de sustentáculo, de alicerce necessário à construção e manutenção do espaço público, criando e preservando instituições e, conseqüentemente, acabam por fomentar a própria atividade política, diferentemente da concepção romana em que a

---

<sup>7</sup> ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p.17-18.

<sup>8</sup> FERRAZ JUNIOR, 1994, p.23.

<sup>9</sup> *Id.*

<sup>10</sup> *Id.*

<sup>11</sup> *Id.*

atividade legislativa não era pré-política, mas a representação de um sistema de alianças entre patrícios e plebeus.

Portanto, ambas as noções, como registra Celso Lafer<sup>12</sup>, foram relevantes para formar a idéia de fundação como o alicerce do agir conjunto, do poder das autoridades.

A *ars* ou *téchne* do direito – a atividade legislativa – assume um papel relevante na criação e manutenção do espaço público, consistindo no desenvolvimento de um sistema legal positivo fundado na justiça, no *jus*.<sup>13,14</sup>

---

<sup>12</sup> "Precisamente porque o espaço público é frágil e suscetível de desaparecer no vórtice de imprevisibilidade dos fatos e dos acontecimentos é que ele precisa ser preservado por meio de instituições. Por isso, como observa Margaret Canovan, comentando um trecho de *The Human Condition*, trata-se de um espaço que precisa ser alicerçado na lei. Neste sentido, Hannah Arendt vê a lei, na sua concepção grega, como uma atividade do *homo faber*, ou seja, como um artesanato dedicado à construção constitucional do espaço público, estabelecendo, deste modo, o vínculo entre a permanência no tempo da *vita activa* e o empenho durável dos objetos criados pelo *homo faber*.

A ação política da *vita activa* requer, diz Hannah Arendt, a concordância potencial dos outros. Esta surge em virtude da estrutura dialógica da política, alicerçada na verdade factual, tendo este diálogo entre iguais, como objeto, *dúbia conflitiva*, superáveis pela persuasão que permite o agir conjunto. É por isso que Hannah Arendt chama a atenção para a acepção romana de lei que, ao contrário da grega, não era coeva à fundação da polis. Para os romanos, de acordo com Hannah Arendt, a atividade legislativa não era pré-política. O sentido original de *Lex*, aponta ela, era o de uma conexão íntima, ou seja, uma relação que conecta duas coisas ou dois parceiros que circunstâncias externas juntaram. O próprio povo romano – *populus romanus* – devia a sua existência não a uma unidade orgânica, a uma etnia tribal, mas sim a uma aliança perpétua entre patrícios e plebeus. O império romano, por sua vez, não se esgotava na noção de *imperium* num sistema de alianças em que o instrumento das *leges* foram utilizados para a celebração de tratados, que ampliaram para outras províncias e outras comunidades os *socii*, que formavam a *Societas Romana*. Este esclarecimento das duas dimensões da atividade legislativa – a da construção constitucional, pelo *homo faber*, do espaço público e da obtenção política do acordo para o agir conjunto – permitiu a Hannah Arendt discutir a *fundação*, com a qual se inicia o agir conjunto, como o fundamento que confere autoridade ao poder. Autoridade, lembra Hannah Arendt, deriva do verbo *augere* (aumentar), e o que a ação política faz no espaço público da palavra e da ação é acrescentar, através de feitos e acontecimentos, importância à fundação da comunidade política e vida às suas instituições." (LAFER, Celso. **Hannah Arendt**: pensamento, persuasão e poder. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979. p.33-34).

<sup>13</sup> FERRAZ JUNIOR, 1994, p.24.

<sup>14</sup> "A ação se caracterizava em primeiro lugar pela sua ilimitação. Como se tratava de atividade espontânea, como toda ação era concebida como criação de um fluxo de relações políticas, não havia como prever a ação. Agir, dizia-se, é iniciar continuamente relações. Por isso, além da ilimitação, á [sic] ação era imprevisível, não podendo suas conseqüências ser determinadas logicamente de antemão. Isto explicava a inerente instabilidade dos negócios humanos, das coisas da política de modo geral, cuja única estabilidade possível era aquela que decorria da própria ação, de uma espécie de virtude, como por exemplo o equilíbrio e a moderação própria da prudência. Daí a necessidade da *ars* ou *téchne*. Para que essa estabilidade pudesse ser alcançada, porém, eram necessárias certas condições: as fronteiras territoriais para a cidade, as leis para o comportamento, a cerca para a propriedade, que eram consideradas limites à ação, embora a sua estabilidade não decorresse desses limites. Em outras palavras, a *polis* não era propriamente um limite físico e normativo, mas um conjunto fugaz de ações. Mas para que a *polis*, enquanto teia de relações surgisse, era não só necessária a delimitação física da cidade que era o

Porém, a partir da modernidade, a ação mudou seu significado e passou a ser compreendida como uma atividade finalista, como meio para o alcance de um fim, o que aproximou o conceito de ação da concepção clássica de trabalho, havendo a "[...] correspondente redução progressiva do *jus à lex*, do direito à norma"<sup>15</sup>. Assim, o direito passou a ser concebido como um comando apto a atingir determinados fins e sua legitimidade passou a depender desses fins a que ele se propõe, refletindo, dessa forma, sua inserção na filosofia do *homo faber*<sup>16</sup>, ou seja, na racionalidade instrumental, de acordo com a qual as coisas perdem seu significado intrínseco, próprio.<sup>17</sup>

Desta feita, o direito passou a ser considerado e estudado como um sistema "neutro" que atua na realidade para atingir determinados objetivos "úteis e desejáveis", como um produto dotado de valor de troca:

[...] na sociedade dominada pela idéia da troca, o direito passa a ser considerado como um bem que se produz. É a identificação do *jus* com a *lex*. O bem produzido por meio da edição de normas constitui então um objeto de uso, algo que se tem, que se protege, que se adquire, que pode ser cedido, enfim, que tem valor de troca. Ora, como um mercado de trocas os homens não entram em contato diretamente uns com os outros, mas com os produtos produzidos, o espaço da comunicação do *homo faber* é um espaço alienante porque de certa maneira exclui o próprio homem.

---

*trabalho* do arquiteto, mas também a legislação, que era o *trabalho* do legislador, considerado uma espécie de construtor da estrutura da cidade. [...] O trabalho tem em si, portanto, a nota da violência, pois é uma atividade que transforma a natureza, ao dominá-la: da árvore que se *corta*, se faz a mesa. Assim, na Antiguidade pode-se dizer: a legislação enquanto trabalho do legislador não se confundia com o direito enquanto resultado da ação. Em outras palavras, havia uma diferença entre *lex* e *jus* na proporção da diferença entre *trabalho* e *ação*. Deste modo, o que condicionava o *jus* era algo imanente à ação: a virtude do justo, a justiça." (FERRAZ JUNIOR, 1994, p.24).

<sup>15</sup> *Id.*

<sup>16</sup> "O *homo faber* de certo modo degrada o mundo, porque transforma o significado de todas as coisas numa relação meio/fim, portanto numa relação pragmática. Com isto, torna-se impossível para ele descobrir que as coisas possam ser valiosas por elas mesmas e não simplesmente enquanto instrumentos, enquanto meios. A tragédia desta posição está em que a única possibilidade de se resolver o problema do significado das coisas é encontrar uma noção que em si é paradoxal, ou seja, a idéia de um fim em que não é mais meio para um outro fim, é um paradoxo, porque todo fim nesta concepção deveria ser meio para um fim subsequente. A idéia de um fim em si mesmo foi formulada de uma forma muito digna por Kant, que tentou resolver o dilema dessa tragédia. Kant nos colocou diante da idéia de que o homem nesta concepção utilitária é afinal aquele que é um fim em si mesmo. Daí a sua famosa concepção de que o homem nunca deve ser *objeto* de um outro homem. [...] No mundo do *homo faber* a esfera pública, que na Antiguidade era a esfera do homem político, passa a ser a esfera do mercador." (*Ibid.*, p.25).

<sup>17</sup> *Ibid.*, p.24-26.



[...] O direito considerado objeto de uso é o direito encarado como conjunto abstrato de normas, conjunto abstrato de correspondentes direitos subjetivos, enfim o direito, objeto de uso, é um sistema de normas e direitos subjetivos constituídos independentemente das situações reais ou pelo menos considerados independentemente destas situações reais, mero instrumento de atuação do homem. Está aí a base de uma concepção que vê no direito e no saber jurídico um sistema neutro que atua sobre a realidade de forma a obter fins úteis e desejáveis.<sup>18</sup>

Adverte Ferraz Junior, ainda, que no estágio da sociedade do *animal laborans* as pessoas transformam-se em operários indiferentes ao mundo, preocupados apenas com sua sobrevivência, o que, em uma etapa mais extrema, leva à automação dos indivíduos, e tudo é visto como descartável, inclusive o direito.<sup>19</sup>

O direito instrumentalizado a que se refere Tércio Sampaio Ferraz Junior é fruto da "razão técnica instrumental", "[...] uma racionalidade que pondera, calcula e ajusta os melhores meios a fins dados exteriormente ao agente".<sup>20,21</sup>

---

<sup>18</sup> FERRAZ JUNIOR, 1994, p.25-26.

<sup>19</sup> "Em suma, com o advento da sociedade do *animal laborans*, ocorre uma radical reestruturação do direito, pois sua congruência interna deixa de assentar-se sobre a natureza, sobre o costume, sobre a razão, sobre a moral e passa reconhecidamente a basear-se na uniformidade da própria vida social, da vida social moderna, com sua imensa capacidade para a indiferença. Indiferença quanto ao que valia e passa a valer, isto é, aceita-se tranquilamente qualquer mudança. Indiferença quanto à incompatibilidade de conteúdos, isto é, aceita-se tranquilamente a inconsistência e se convive com ela. Indiferença quanto às divergências de opinião, isto é, aceita-se uma falsa idéia de tolerância, como a maior parte de todas as virtudes. Este é afinal o mundo jurídico do homem que labora, para o qual o direito é apenas e tão-somente um bem de consumo. [...] As sociedades estão em transformação e a complexidade do mundo está exigindo novas formas de manifestação do fenômeno jurídico. É possível que, não tão distantemente no futuro, esta forma compacta do direito instrumentalizado, uniformizado e generalizado sob a forma estatal de organização venha a implodir, recuperando-se, em manifestações espontâneas e localizadas, um direito de muitas faces, peculiar aos grupos e às pessoas que os compõem. Por isso, a consciência da nossa circunstância não deve ser entendida como um momento final, mas como um ponto de partida. Afinal, a ciência não nos libera porque nos torna mais sábios, mas é porque nos tornamos mais sábios que a ciência nos liberta. Adquirir a sabedoria não é ato nem resultado da ciência e do conhecimento, mas é experiência e reflexão, exercício do pensar. E é para isso, por fim, que convidamos o leitor: pensar o direito, refletir sobre as suas formas hodiernas de atuação, encontrar-lhe um sentido, para então vivê-lo com prudência, esta marca virtuosa do jurista, que os romanos nos legaram, e que não desapareceu de todo na face da Terra." (*Ibid.*, p.28-29).

<sup>20</sup> NOBRE, Marcos. **A teoria crítica**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004. p.51.

<sup>21</sup> István Mészáros, filósofo marxista, é um dos marcos teóricos para quem estuda e procura combater essa lógica destrutiva do capitalismo moderno, registra em "O desafio e o fardo do tempo histórico" suas reflexões acerca do capitalismo positivado "[...] contra o coro dos que proclamam que 'não há alternativa' para o sistema, Mészáros reafirma que, na verdade, não há remédio capaz de amenizar a gravidade extrema de suas contradições permanentes criadas e insolventes. [...] Para o filósofo, as evidências ameaçadoras contra a humanidade emanadas dessa lógica

Mas em que pesem as críticas e as tentativas de superar o capitalismo, o fato é que ele, ainda hoje, é o sistema econômico dominante, assim como o direito instrumentalizado, uniformizado e generalizado, que tende a ser substituído por manifestações mais espontâneas<sup>22</sup>, de acordo com Tercio Sampaio Ferraz Junior, e isso tudo deve ser considerado pelos juristas como ponto de partida para pensar o direito.<sup>23</sup>

Ainda, pode-se trazer para contribuir com essa reflexão a afirmação de Boaventura de Souza Santos de que estamos em um momento de "transição paradigmática". De acordo com sociólogo português, os paradigmas socioculturais nascem, crescem, desenvolvem-se e morrem, porém, trazem dentro de si o paradigma que há de lhes suceder, sendo que desde o limiar do terceiro milênio estamos a assistir ao culminar desse processo com o colapso da emancipação (ou libertação) na regulação, o que caracteriza, de acordo com o autor, a crise final do paradigma sociocultural da modernidade.<sup>24</sup>

Esse contexto de transição paradigmática gera certa insegurança no corpo social. Com o intuito de registrar esse "sentimento social" foram desenvolvidos

---

societária mantida sob o controle do capital, só poderão ser verdadeiramente extirpadas numa ordem social controlada pelos produtores livremente associados.

Baseado, então, na atualidade clássica da *concepção marxiana da história*, Mészáros vem se confirmando como um dos mais importantes teóricos da revolução e dos mais argutos ideólogos dos seus verdadeiros sujeitos históricos. Isso porque vem contribuindo decisivamente para a ativação do potencial emancipatório da classe trabalhadora – reconfigurada pelas necessidades contingentes do sistema de reprodução do capital – que, das misérias atualmente impostas sobre ela, vêm encontrando novas e criativas formas de reorganização e de reabertura da história." (ANTUNES, Ricardo. István Mészáros e sua ardorosa defesa da humanidade. **Revista Cult**, Edição comemorativa 10 anos, ano 10, n.119, p.10, 2007).

<sup>22</sup> Vide, nesse sentido, a filosofia da libertação em Henrique Dussel: "[...] implantação geopolítica da própria filosofia, à medida que se encontra situada no 'centro' ou na 'periferia'. De fato, uma filosofia 'da libertação' (genitivo objetivo: seu tema) parece que deveria antes de tudo partir de uma libertação da 'própria' 'filosofia' (genitivo subjetivo: o sujeito que a exerce e o próprio discurso exercido)." (DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação**. 2.ed. Petrópolis: Vozes, 2002. p.67; bem como ANIYAR DE CASTRO, Lola. **Criminologia da libertação**. Tradução de Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: Revan, 2005).

<sup>23</sup> FERRAZ JUNIOR, 1994, p.29.

<sup>24</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente**. 4.ed. São Paulo: Cortez, 2002. p.15 e 16.

estudos sociológicos dentre os quais a Teoria da "Sociedade de Risco"<sup>25</sup> de Ulrich Beck e a "Modernidade Líquida"<sup>26</sup> de Zigmundt Bauman.<sup>27</sup>

Constata-se atualmente que os antigos instrumentos que mantinham a coletividade de seus membros, como a história conjunta, o costume e as escolas, ficam cada vez mais defasados na medida em que os anos passam, sendo uma característica no atual estágio de modernidade líquida o fornecimento de "arreios com zíper, e o argumento para sua venda é a facilidade com que podem ser usados pela manhã e despidos à noite (ou vice versa)"<sup>28</sup>, aparecendo o comunitarismo<sup>29</sup> como "[...] uma reação esperável à acelerada 'liquefação' da vida moderna".<sup>30</sup>

---

<sup>25</sup> "A 'sociedade do risco' ou 'da insegurança' conduz, pois, inexoravelmente, ao 'Estado vigilante' ou 'Estado prevenção'. E os processos de privatização e de liberalização da economia, em que nos encontramos imersos, acentuam essa tendência. Nesse contexto policial-preventivo, a barreira de intervenção do Estado nas esferas jurídicas dos cidadãos se adianta de modo substancial." (SILVA SÁCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**. São Paulo: RT, 2002. p.127).

<sup>26</sup> "'Fluidez' é a qualidade de líquidos e gases. O que os distingue dos sólidos, como a *Enciclopédia* britânica, com a autoridade que tem, nos informa, é que eles 'não podem suportar uma força tangencial ou deformante quando imóveis' e assim 'sofrem uma constante mudança de forma quando submetidos a tal tensão.'; 'Os fluídos se movem facilmente. Eles 'fluem', 'escorrem', 'esvaem-se', 'respingam', 'transbordam', 'vazam', 'inundam', 'borrifam', 'pingam'; são 'filtrados', 'destilados'; diferentemente dos sólidos, não são facilmente contidos – contornam certos obstáculos, dissolvem outros e invadem ou inundam seu caminho." E "Essas são razões para considerar a 'fluidez' ou 'liquidez' como metáforas adequadas quando queremos captar a natureza da presente fase, *nova* de muitas maneiras, na história da modernidade." (BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dantzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p.07, 08 e 09, respectivamente).

<sup>27</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000. p.02.

<sup>28</sup> BAUMAN, 2001, p.194.

<sup>29</sup> A falta de segurança une as três principais fontes de ansiedade em relação ao presente: (1) o desemprego; (2) as perspectivas incertas da velhice e (3) os infurtúnios da vida urbana, sendo a oferta de um porto seguro o principal apelo do comunitarismo. Esse tema foi objeto de estudo de Bauman pela primeira vez no último capítulo da obra "Modernidade Líquida", datada de 2000 e foi aprofundado no livro "Comunidade: a busca por segurança no mundo atual", sendo que a ideia básica dessa obra de 2003 é a de que a ordem global precisa de muita desordem local para se estabelecer, o que explicaria a crescente sensação de insegurança que recebe na obra "Em busca da política" a identificação de *Unsicherheit*, termo alemão que reflete uma fusão de experiências e que expressa incerteza, insegurança e falta de garantia. Assim, partindo do modelo global, Bauman demonstra que em sua oposição está a comunidade, a qual seria uma utopia de um "novo paraíso perdido", com "subúrbios verdejantes, condomínios cercados, carros blindados, câmeras de vídeo e ausência de estranhos", porém, o preço de viver no paraíso perdido da comunidade é a ausência de liberdade, o que além, de sufocar quem nela está, culmina no redirecionamento dos investimentos em saúde, educação e previdência social em armas e presídios, pois quanto maior a ênfase dada à segurança, maior é a sensação de risco. [BAUMAN, 2001, p. 194]

<sup>30</sup> *Ibid.*, p.195.

Thomas Mathiesen, utilizando-se da expressão cunhada por Steven Box e Chris Hale, registra que os poderes Legislativo e Judiciário, como verdadeiros "barômetros de ansiedade" (*anxiety barometers*) da sociedade, interpretam esse sentimento de insegurança como uma crescente necessidade de disciplina.<sup>31</sup>

Considerando-se que nossos tempos estão repletos de sinais de inquietação – protestos políticos, conflitos com imigrantes, estagnação e até dissolução de serviços de assistência social e de suporte – que, aliados aos sinais emitidos pela mídia de aumento da violência e do uso de drogas – em que pesem os dados estatísticos não comprovarem, de acordo com Mathiesen, essas escaladas possuem um efeito amplificado. Isso culmina naquilo que o autor chamou de crise de legitimidade<sup>32</sup>, pois juntos, os problemas reais e os majorados pela mídia, produzem uma maior ou menor quebra na confiança das pessoas na tentativa estatal de solucionar problemas.<sup>33</sup>

Também afirma Mathiesen que por trás da crise de legitimidade há, em geral, uma crise econômica, a qual temos observado nos últimos anos e mais recentemente com a crise mundial de 2008-2009, cujos efeitos ainda persistem – em 2010 – no cenário global.

A estagnação econômica em países que apresentam um persistente e grande desemprego é visto como uma questão de confiança na solução estatal para o problema<sup>34</sup>, refletindo-se a crise de legitimidade no processo de tomada de decisão do poder público. É nesse contexto que surge a interpretação da insegurança social como uma nova e maior necessidade de disciplina, em geral, em relação a certos grupos e segmentos sociais, o que quer dizer, "Em outras palavras, [que] quando a confiança em órgãos e autoridades públicas começa a falhar, essa falha aparece, do ponto de vista dos legisladores e tribunais, em um aumento na necessidade de disciplina." <sup>35</sup>

---

<sup>31</sup> MATHIESEN, Thomas. **Prision on Trial**. London: Sage Publications, 1990. p.13.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p.14.

<sup>33</sup> *Id.*

<sup>34</sup> *Id.*

<sup>35</sup> *Id.*

Na obra "Globalização: as conseqüências humanas", o sociólogo polonês Zigmundt Bauman considera que a atual tendência punitiva é um fenômeno praticamente universal e que pode ser atribuído ao "amplo quadro de transformações conhecidas pelo nome de globalização"<sup>36</sup>. Compreende, na mesma linha de entendimento de Mathiesen, que se trata de uma tentativa de compensação das incertezas<sup>37</sup> decorrentes da insegurança existencial no plano da lei e da ordem, o que, como será visto mais adiante, culmina na formulação de teses de expansão e de funcionalização extrema da tutela penal – que serão abordadas no segundo capítulo do presente trabalho –, bem como no crescimento do âmbito sancionador do Direito Administrativo.<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Globalização e as conseqüências humanas**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p.10-11.

<sup>37</sup> Bauman, nesse capítulo, observa que as leis trabalhistas protecionistas estabelecem entre empregador e empregado uma relação social que visa à redistribuição da riqueza, bem como conferir algum poder de resistência aos trabalhadores ante a dominação exercida pelos empregadores. Essa relação é camuflada sob a alegação de que se trata de um empecilho ao desenvolvimento que conflita com um "princípio universal de sanidade econômica". Esse discurso é aceito, inclusive, pelos trabalhadores que, muito embora constatem as cada vez mais escassas oportunidades de trabalho, aceitam essa condição, sem oferecer qualquer resistência; alguns apoiam tal circunstância e, o que é mais grave ainda, outros sequer esboçam alguma reação, mostram-se indiferentes. Isso tudo, gera mais insegurança ainda, como acentua o autor: "A assimetria das condições manifesta-se nos graus respectivos de previsibilidade. O lado cuja gama de opções comportamentais é mais amplo introduz o elemento de incerteza na situação vivida pelo outro lado, o qual, enfrentando uma liberdade de opção muito menor ou nenhum (sic) opção em absoluto, não pode revidar. A dimensão **global** das opções dos investidores, quando comparadas aos limites estritamente **locais** de opção do 'fornecedor de mão-de-obra', garante essa assimetria, que por sua vez é subjacente à dominação dos primeiros sobre o segundo." (*Ibid.*, p.113). Diante disso, o sociólogo traz à tona a prisão como fábrica de exclusão e isolamento da mão de obra excedente – corroborando em alguma medida, ainda que não expressamente, o pensamento de Dario Mellossi e Massimo Pavarini em "Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)" e que "Nas atuais circunstâncias, o confinamento [prisão] é antes **uma alternativa ao emprego**, uma maneira de utilizar ou neutralizar uma parcela considerável da população que não é necessária à produção e para a qual não há trabalho 'ao qual se reintegrar. [...] A estratégia recomendada é fazer os trabalhadores **esquecerem**, não **aprenderem**, o que quer que pretendia ensinar-lhes a ética do trabalho nos dias dourados da indústria moderna. [...] Os trabalhadores devem desaprender a dedicação ao trabalho duramente adquirida e o apego emocional duramente conquistado ao local de trabalho, assim como o envolvimento pessoal no conforto desse ambiente." (*Ibid.*, p.119-120).

<sup>38</sup> Sobre o aumento da punição, ensinou Carl Ludwig Von Bar que "Ali onde chovem leis penais continuamente, onde por qualquer motivo surge entre o público um clamor geral de que as coisas se resolvam com novas leis penais ou agravando as existentes, aí não se vivem os melhores tempos para a liberdade – pois toda lei penal é uma sensível intromissão na liberdade, cujas conseqüências serão perceptíveis também para os que a exigiram da forma mais ruidosa -, ali se pode pensar na frase de Tácito: *péssima respublica, plurimae leges*." (VON BAR. *Geschichte des deutschen Strafrechts um der Strafrechtstheorien*. Berlim, 1988. Reimpr. Aalen, 1992. p.334 *apud* SILVA SÁCHEZ, 2002, p.19).

Nesse contexto de transição paradigmática, crise de legitimidade aliada – ou não – a crises econômicas e ao quadro de transformações trazidas pela globalização, observa-se o flagrante recrudescimento do papel sancionador do Estado.

Em tom de crítica, Jesús-María Silva Sánchez observa que, embora seja dotada de razão, é ingênua a atribuição desse aumento do papel sancionador estatal como "produto de uma espécie de perversidade do aparato estatal" que encontra no Direito Penal a solução mais fácil à inquietação social por meio de sua função simbólica, enquanto, na realidade, o problema deveria ser resolvido no âmbito da proteção efetiva dos bens jurídicos tutelados. Isso porque, para ele, há uma demanda social unívoca<sup>39</sup> por mais proteção e que não pode deixar de ser considerada. Porém, adverte que há que se refletir sobre a interpretação dessa demanda por maior proteção como necessidade de punição.<sup>40</sup>

---

<sup>39</sup> Ressalta o autor que esse movimento de expansão do Direito Penal difere dos movimentos de "lei e ordem" (*law and order*) da década de 1970, pois além de referir-se às características do fim do século XX e início do século XXI, a atual tendência, é uma unanimidade, como observa: "Em particular, e para evitar desde logo interpretações equivocadas, convém ressaltar, sobre esse aspecto, que a profundidade e a extensão das bases sociais da atual tendência expansiva do Direito Penal não têm nada a ver com as que na década de 70 – e posteriores – respaldavam o movimento, inicialmente norte-americano, de *law and order*. Por isso seria errôneo pretender analisar sob esse prisma a expansão do Direito Penal característica de nosso particular *fin de siècle*, cujas 'causas' se pretende esboçar neste texto. Efetivamente, as propostas do movimento de *lei e ordem* se dirigiam basicamente a reclamar uma reação legal, judicial e policial mais contundente contra os fenômenos de delinquência de massas, da criminalidade das ruas (patrimonial e violenta). Assim as coisas, uns setores sociais – para simplificar os acomodados, apoiavam tais propostas; outros – os excluídos, mas também os intelectuais e os movimentos dos direitos humanos – se opunham a elas. Nesse particular o debate em torno do referido movimento constitui seguramente o último exemplo da concepção convencional do Direito Penal como instrumento de restrição de direitos individuais, particularmente sofrido pelas classes 'emergentes', e a cuja intensificação estas, assim como os movimentos de direitos civis e políticos, se opõem frontalmente. É fundamental sublinhar que a representação social do Direito Penal que dimana da discussão sobre o movimento de lei e ordem não era em absoluto unívoca, senão, pelo contrário, basicamente dividida." E "A representação social do Direito Penal que comporta a atual tendência expansiva mostra, pelo contrário, e como se verá, uma rara unanimidade. A divisão social característica dos debates clássicos sobre o Direito Penal foi substituída por um consenso geral, ou quase geral, sobre as 'virtudes' do Direito Penal como instrumento de proteção dos cidadãos. Desde logo, nem as premissas ideológicas nem os requerimentos do movimento de 'lei e ordem' desapareceram: ao contrário, se integram (comodamente) nesse novo consenso social sobre o papel do Direito Penal. As páginas que seguem se dedicam a formulação de algumas hipóteses sobre o porquê da cristalização desse consenso." (SILVA SÁCHEZ, 2002, p.24-25).

<sup>40</sup> "Não é infreqüente que a expansão do Direito Penal se apresente como produto de uma espécie de perversidade do aparato estatal, que buscaria no permanente recurso à legislação penal uma (aparente) solução fácil aos problemas sociais, deslocando ao plano simbólico (isto é, ao da declaração de princípios, que tranqüiliza a opinião pública) o que deveria resolver-se no nível da instrumentalidade (da proteção efetiva). Sem negar que à tal explicação possa atribuir-se alguma razão, creio que seria ingênuo situar as causas mais profundas, que fundam suas raízes no modelo social que vem se configurando no decorrer, pelo menos, das duas últimas décadas, na conseqüente mudança da

Diante disso, cabe ao jurista conscientizar-se das atuais características do direito, hoje visto como um sistema "neutro" e apto a atender a determinados fins, portanto, inserido na racionalidade instrumental da filosofia do *homo faber*, para que, diante do clamor social por proteção e segurança e das ideologias que subjazem esse sistema jurídico "neutro", possa desnudar algumas facetas da realidade mediante uma postura crítica e que vise ao resgate dos valores que devem informar a ordem jurídica, sob pena de desenvolver uma teoria jurídica meramente legitimadora.

Assim, a partir do pressuposto de que o direito é um fenômeno decisório utilizado como instrumento de poder, o qual lança mão da Ciência Jurídica como uma tecnologia<sup>41</sup> a seu serviço<sup>42</sup>, o estudioso do direito deve, ao pretender construir ou aplicar uma teoria jurídica de forma consciente, crítica e funcional, levar em consideração a relevância de estudos interdisciplinares, não só entre um ramo específico da Ciência Jurídica e as disciplinas ditas propedêuticas, mas entre os vários ramos do direito – pois a separação entre ramos é meramente didática –, bem como deve procurar a dialética, na medida do possível, dos enfoques teórico-jurídicos da zetética e da dogmática, residindo, neste ponto, a importância do próximo item de estudo.

---

expectativa que amplas camadas sociais têm em relação ao papel que cabe ao Direito Penal." E "Realçar esse último aspecto me parece essencial. Com efeito, dificilmente poderá interpretar a situação de modo concreto e, em consequência, fixar as bases da melhor solução possível dos problemas que suscita, se se desconhece a existência no nosso âmbito cultura de uma verdadeira demanda social por *mais* proteção. A partir daí, questão distinta é que desde a sociedade se canalize tal pretensão em termos mais ou menos *irracionais* como demanda de *punição*. Neste ponto, provavelmente não seja demais aludir à possível responsabilidade que os formadores de opinião possam ter em tal canalização, dado o seu papel de mediadores." (SILVA SÁCHEZ, 2002, p.23).

<sup>41</sup> Tecnologia tem o seguinte sentido aqui: "[...] a ciência dogmática cumpre as funções típicas de uma *tecnologia*. Sendo um pensamento conceitual, vinculado ao direito posto, a dogmática pode instrumentalizar-se a serviço da ação sobre a sociedade. Nesse sentido, ela, ao mesmo tempo, funciona como um agente pedagógico – junto a estudantes, advogados, juízes etc. – que institucionaliza a tradição jurídica, e como um agente social que cria uma 'realidade' consensual a respeito do direito, na medida em que seus corpos doutrinários delimitam um campo de solução de problemas considerados relevantes e cortam outros, dos quais ela desvia a atenção. [...] Nestes termos, um pensamento tecnológico é, sobretudo, um pensamento fechado à problematização de seus pressupostos – suas premissas e conceitos básicos têm de ser tomados de modo não-problemático – a fim de cumprir sua função: criar condições para a ação. No caso da ciência dogmática, criar condições para a decidibilidade de conflitos juridicamente definidos." (FERRAZ JUNIOR, 1994, p.87).

<sup>42</sup> *Ibid.*, p.22.

## 1.2 OS ÂNGULOS DE ESTUDO DO DIREITO (THEODOR VIEHWEG<sup>43</sup>)

Theodor Viehweg<sup>44</sup>, professor da Universidade de Mainz, concebeu a dicotomia entre a dogmática e a zetética e que pode ser explicada a partir da constante tensão entre as especulações do perguntar e as respostas do ensinar, pois:<sup>45</sup>

*Zetética* vem de *zetein* que significa perquirir, *dogmática* vem de *dokein* que significa ensinar, doutrinar. Embora entre ambas não haja uma linha divisória radical (toda investigação *acentua* mais um enfoque que o outro, mas sempre tem os dois), a sua diferença é importante.<sup>46</sup>

Assim, diante da importância desses enfoques, eles serão analisados no item seguinte, eis que são pressupostos necessários ao esclarecimento da investigação que se pretende construir.

### 1.2.1 Zetética jurídica

A zetética tem seu foco nas perguntas, portanto, tem função especulativa e pode ser representada pela pergunta "o que é?"<sup>47</sup>. Não possui o compromisso de encontrar respostas, que podem ficar em aberto até que seu enfrentamento seja

---

<sup>43</sup> VIEHWEG, Theodor. *Ideologie und Rechtdogmatik*. In: *Ideologie und recht*. Frankfurt: Vittorio Klostermann, 1969 *apud* FERRAZ JUNIOR, 1994.

<sup>44</sup> VIEHWEG, Theodor. *Ideologie und Rechtdogmatik*. In: ***Ideologie und recht***. Frankfurt: Vittorio Klostermann, 1969.

<sup>45</sup> FERRAZ JUNIOR, *op. cit.*, p.i.

<sup>46</sup> *Ibid.*, p.41.

<sup>47</sup> *Id.*



possível, nem de manter suas premissas imutáveis, pois estas podem ser adequadas, redefinidas e até mesmo abandonadas ao longo da investigação.<sup>48</sup>

Destarte, a zetética não possui compromisso com a resolução de conflitos, o que a libera para a especulação, residindo, justamente neste ponto, a riqueza desse enfoque<sup>49</sup>. Entretanto, são necessários limites a essa reflexão – caso contrário, não seria possível terminar um estudo com esta abordagem

Como, porém, em toda a investigação zetética alguns pressupostos admitidos como verdadeiros passam a orientar os quadros da pesquisa, é possível distinguir *limites* zetéticos. Assim, uma investigação pode ser realizada a nível *empírico*, isto é, nos limites da experiência, ou de modo a ultrapassar estes limites, ao nível formal da lógica, ou da teoria do conhecimento ou da metafísica, por exemplo. Além disso, a investigação pode ter um *sentido puramente especulativo* ou pode produzir resultados que venham a ser tomados como base para uma eventual *aplicação técnica* à realidade.<sup>50</sup>

Muito embora as disciplinas zetéticas sejam importantes para o estudo do fenômeno jurídico e contribuam com importantes elementos de reflexão e de crítica, a Ciência Jurídica *stricto sensu*, nos últimos cento e cinquenta anos, tem sido considerada uma ciência dogmática e neste mote reside a relevância de alguns esclarecimentos acerca dessa abordagem no ponto subsequente.<sup>51</sup>

### 1.2.2 Dogmática jurídica

A dogmática é o ponto central da Ciência Jurídica em sentido estrito e possui uma função eminentemente diretiva que pode ser representada pela pergunta "como deve-ser algo?":<sup>52</sup>

---

<sup>48</sup> "A zetética é mais aberta porque suas premissas são dispensáveis, isto é, podem ser substituídas se os resultados não são bons, as questões que ela propõe podem até ficar sem resposta até que as condições de conhecimento sejam favoráveis. [...] se as premissas não servem, elas podem ser trocadas." (FERRAZ JUNIOR, 1994, p.41).

<sup>49</sup> *Ibid.*, p.42.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p.44.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p.47.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p.41.

A dogmática é mais fechada, pois está presa a conceitos fixados, obrigando-se a interpretações capazes de conformar os problemas às premissas e não, como sucede na zetética, as premissas aos problemas. [...] se as premissas não se adaptam aos problemas, estes são vistos como 'pseudo-problemas' e, assim, descartados. Seu compromisso com a orientação da ação a impede de deixar soluções em suspenso.<sup>53</sup>

O princípio da inegabilidade dos pontos de partida<sup>54</sup> ou da proibição da negação<sup>55</sup> rege a dogmática e ao ser transposto para as investigações que têm por objeto o direito significa que este deve ser estudado e compreendido de tal forma que seu resultado seja compatível e aplicável à ordem jurídica vigente.

Não significa, como bem pontua Ferraz Junior, que a zetética não seja aplicável ao direito e que a função da dogmática consista nesse referido princípio ou que esteja limitada a "repetir dogmas pura e simplesmente"<sup>56</sup>. Paradoxalmente é na interpretação de sua vinculação aos dogmas que reside a liberdade desse enfoque teórico, pois é ao se conferir um sentido aos dogmas que se abre um espaço controlado de incertezas – "[...] de modo a tornar decidíveis os eventuais conflitos"<sup>57</sup> – que permite a construção doutrinária, a qual deve ser compatível com a "vinculação a normas" e a "pressão para decidir conflitos".

Além dessa complexa tarefa, o jurista também se depara com o distanciamento da realidade decorrente da "dupla abstração" a que o estudo dogmático do direito está ligado:

---

<sup>53</sup> FERRAZ JUNIOR, 1994, p.41.

<sup>54</sup> Aqui Tercio Sampaio Ferraz Junior faz uma referência à obra de LUHMANN, Niklas. **Rechtssystem und Rechtsgematik**. Berlim: Kohlhammer, 1974. Há uma versão em espanhol dessa obra chamada "Sistema jurídico y dogmática jurídica". Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

<sup>55</sup> Um exemplo é o princípio da legalidade: "Um exemplo de uma premissa desse gênero, no direito contemporâneo, é o princípio da legalidade, inscrito na Constituição, e que obriga o jurista a pensar os problemas comportamentais a partir da lei, conforme à lei, para além da lei mas nunca *contra* a lei." (FERRAZ JUNIOR, *op. cit.*, p.48).

<sup>56</sup> *Ibid.*, p.49.

<sup>57</sup> *Id.* Ainda, como exemplo: "Por exemplo, a Constituição prescreve; ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. O jurista conhece esta norma como o princípio da legalidade. Prende-se a ele. Mas que significa aí *lei*? Como é que ele vai esclarecer isto, cria-se para o jurista um certo âmbito de disponibilidade significativa: *lei* pode ser tomado em um sentido restrito, alargado, ilimitado etc." (p.50)

[...] toda comunidade elabora suas normas. Mas normas só não bastam. Sua ambigüidade e vagueza (afinal elas se expressam por palavras) exigem também regras de interpretação. É preciso saber dizer não só qual é a norma, mas também o que ela significa. Ora, as normas (ou dogmas da ação) são, elas próprias, um produto abstrato e as regras sociais de interpretação (dogmas que dizem como devem ser entendidas as normas) são também um produto abstrato. Temos, pois, um produto abstrato, as regras, que têm por objeto outro produto abstrato, as normas. Daí a dupla abstração (no sentido de isolar normas e regras dos seus condicionamentos zetéticos). Pois bem, o objeto do conhecimento jurídico-dogmático é esta dupla abstração, que o jurista elabora num grau de abstração ainda maior (regras sobre as regras de interpretação das normas).<sup>58</sup>

Trata-se de uma abstrusa conciliação entre a realidade, a ordem jurídica vigente – com o cuidado de não construir uma teoria meramente legitimadora –, o grau de abertura a ser conferido quando da interpretação dos dogmas sem se olvidar das contribuições das disciplinas jurídicas de enfoque zetético para que se construa uma teoria do direito, residindo neste mote as contribuições críticas.

### 1.2.3 A teoria e a postura crítica

Como destaca Marcos Nobre, há muitos sentidos de crítica, até mesmo em se tratando da própria Teoria Crítica.

A crítica, em seu sentido fundamental, refere-se ao fato de que não se pode vislumbrar as coisas como elas são sem observar suas potencialidades, ou seja, sem analisá-las sob o ponto de vista de como as coisas deveriam ser.<sup>59</sup>

Assim, a crítica possui dois sentidos principais, o ponto de vista crítico a partir do qual se observa a realidade a partir daquilo que poderá ser realizado e o caminho a ser seguido, isto é, a identificação dos obstáculos que deverão ser transpostos para que as potencialidades existentes na realidade possam ser implementadas.<sup>60</sup>

---

<sup>58</sup> FERRAZ JUNIOR, 1994, p.49.

<sup>59</sup> "[...] 'crítica' significa, antes de mais nada, dizer o que é em vista do que ainda não é mas pode ser." (NOBRE, 2004, p.09-10).

<sup>60</sup> "[...] ponto de vista crítico [...] que vê o que existe da perspectiva do novo que ainda não nasceu, mas que se encontra em germe no próprio existente" e outro de que ela é "[...] capaz de apontar e analisar obstáculos a serem superados para que as potencialidades melhores presentes no existente possam se realizar". (*Ibid.*, p.10).

Feitas essas considerações, é importante ressaltar que a expressão Teoria Crítica poderá referir-se a, pelo menos, três coisas: (1) um campo teórico; (2) um grupo de intelectuais filiados a esse campo teórico e que, inicialmente, estavam vinculados ao Instituto de Pesquisa Social<sup>61</sup> e (3) à chamada "Escola de Frankfurt"<sup>62</sup>.

A primeira das concepções de Teoria Crítica encampadas pelos estudiosos do direito surgiu no momento em que Horkheimer construiu o materialismo interdisciplinar em seus escritos da década de 1930: "[...] pesquisadores de diferentes especialidades trabalhando em regime interdisciplinar e tendo como referência comum a tradição marxista"<sup>63</sup>.

Essa percepção diz respeito, em verdade, ao conceito amplo de Teoria Crítica e que é, ao mesmo tempo, seu critério de demarcação fundamental: todo cientista que desenvolve pesquisas a partir da obra de Marx faz Teoria Crítica, uma vez que a análise do capitalismo de Marx é a matriz desse campo teórico.

---

<sup>61</sup> O Instituto de Pesquisa Social foi fundado em 1923 e resultou de um projeto de um grupo de jovens intelectuais de classe média formado pelo economista Friederich Pollock (1894-1970), por Max Horkheimer (1895-1973) e pelo o cientista político argentino Felix Weill (1898-1975).

O objetivo original dessa instituição era fomentar investigações científicas a partir da obra de Karl Marx (1818-1883), portanto, ela teve como referenciais teóricos, desde o início, o marxismo e seu método, qual seja, o modelo da "crítica da economia política". Insta salientar a importância da linha de pesquisa visada pelo Instituto, formado em sua maioria por intelectuais judeus, numa época em que ocorria a ascensão do nacional socialismo na Alemanha e a marginalização do marxismo na Universidade de Frankfurt e, porque não dizer, em praticamente toda a Europa. Os idealizadores do projeto eram, à época, bastante jovens e para que esse Instituto fosse levado a efeito, teriam de contar com a aprovação desse projeto pelo Ministério da Educação alemão e com o apoio da Universidade de Frankfurt para que o diretor do Instituto obtivesse uma cadeira de docente na instituição. Assim, a fim de cumprir esses requisitos, após o empreendimento ser viabilizado financeiramente por uma doação da abastada família de Felix, cujo pai, Hermann Weill, era um cerealista estabelecido na Argentina no final do século XX, o que garantiu ao Instituto um bom período de independência, cogitou-se o nome do sociólogo Kurt Albert Gerlach (1886-1922) para ser o primeiro a ocupar a cadeira de Diretor do Instituto. Porém, o referido sociólogo faleceu no ano de fundação do Instituto e, assim sendo, o primeiro Diretor do Instituto de Pesquisa Social foi o historiador Carl Grünberg (1861-1940) que, devido a um acidente vascular cerebral, foi substituído em suas funções por Max Horkheimer por volta de 1928, porém, não oficialmente. A assunção do cargo de Diretor do Instituto por Max Horkheimer só ocorreu em 1930, quando, então, foi inaugurada uma nova fase do Instituto de Pesquisa Social, segundo Marcos Nobre, marcada pelo desenvolvimento do "materialismo interdisciplinar": novo programa de investigação e funcionamento do Instituto, baseado no ensaio "Teoria Tradicional e Teoria Crítica", de Horkheimer, e no manifesto de Marcuse "Filosofia e Teoria Crítica" em que foram lançadas as bases para um trabalho coletivo interdisciplinar, sendo que para dar publicidade a essas pesquisas, Horkheimer fundou a "Revista de Pesquisa Social" (Zeitschrift für Sozialforschung).

<sup>62</sup> NOBRE, 2004, p.21-22.

<sup>63</sup> *Ibid.*, p.15.

A partir disso, pode-se constatar, segundo Marcos Nobre, que a Teoria Crítica diz respeito ao campo teórico do marxismo, ou seja, a um campo de investigação anterior à própria conceituação de Teoria Crítica proposta por Horkheimer em seu artigo "Teoria Crítica e Teoria Tradicional".

E, como para todo conceito amplo há um conceito restrito, em relação à Teoria Crítica não poderia ser diferente.

A concepção estrita de Teoria Crítica diz respeito a uma teoria construída com base em dois princípios fundamentais, quais sejam, o de (1) comportamento crítico e o de (2) orientação para a emancipação.

Segundo Luís Sérgio Repa, Horkheimer estabelece sua compreensão de Teoria Crítica a partir de uma oposição entre ela e a Teoria Tradicional.<sup>64</sup>

A Teoria Tradicional é analisada a partir das ciências da natureza e nela o cientista é mero observador, pois, desde Descartes, formulou-se a idéia de que a ciência é uma cadeia dedutiva dotada de princípios gerais.<sup>65</sup>

O que o artigo de Horkheimer mostra é que as ciências humanas também buscaram sua afirmação utilizando-se do modelo científico das ciências naturais por meio de um método de investigação e de descrição dos fenômenos sociais que foi construído para implementar uma separação estanque entre "o que é" e "o que deve ser", pois na teoria social tradicional:

O cientista social pode estudar a efetividade dos valores sociais, mas não pode compartilhá-los enquanto pesquisador. Em correspondência com isso, os fenômenos sociais devem ser visto[sic] como fatos, como coisas que também podem ser decompostas em seus elementos mais importantes e recompostas segundo uma determinada perspectiva.<sup>66</sup>

---

<sup>64</sup> REPA, Luís Sérgio. Max Horkheimer: o formulador da teoria crítica e do programa de materialismo interdisciplinar do Instituto de Pesquisa Social. **Revista Mente, Cérebro e Filosofia - Adorno, Horkheimer, Fromm, Benjamin: o homem no caos do capitalismo moderno**, v.7, p.10, 2008.

<sup>65</sup> "[...] a teoria é vista sempre como uma hipótese a ser testada por experiências artificiais, implementadas em laboratórios. Se há uma contradição entre a hipótese e os dados da experiência, então a teoria deve ser corrigida ou as variáveis consideradas na experiência devem ser revistas. Nessa atividade, o papel do cientista consiste meramente em observar." (*Ibid.*, p.11).

<sup>66</sup> *Id.*

A partir da constatação de que, apesar das diferentes correntes doutrinárias, os cientistas buscam essa separação entre objeto e pesquisador, tanto nas ciências naturais quanto nas ciências humanas, começa a crítica de Horkheimer à Teoria Tradicional.

A busca dessa pretensa neutralidade científica é, para Horkheimer, reificada e ideológica: "Reificada porque parece ter características de uma coisa natural, ideológica porque oculta para si sua própria realidade e também a realidade total."<sup>67</sup>

Ainda, nesse mesmo sentido, escreveu o jurista francês Georges Ripert que nas ciências humanas não há a possibilidade de o cientista manter-se imparcial, pois é inerente ao sentimento humano, modificar as relações sociais.<sup>68</sup>

Assim sendo, Luis Sérgio Repa, espelhando a crítica de Horkheimer à Teoria Tradicional escreve que a teoria tradicional, desatenta para sua real função social acabava apenas por legitimar os processos de produção e reprodução da dinâmica social mediante uma pretensa neutralidade.<sup>69</sup>

Note-se que a perspectiva tradicional de teoria, ao pretender simplesmente explicar o funcionamento da sociedade, acaba adaptando o pensamento à realidade existente em nome dessa pretensa neutralidade, resignando-se à forma histórica atual de dominação. Ocorre que a Teoria Tradicional ao fixar a separação entre teoria e prática:

[...] expulsa de seu campo de reflexão as condicionantes históricas de seu próprio método. Se todo conhecimento produzido é, entretanto, historicamente determinado (mutável no tempo, portanto), não é possível ignorar essas condicionantes senão ao preço de permanecer na superfície dos fenômenos, sem ser capaz, portanto, de conhecer por inteiro suas reais conexões na realidade social.<sup>70</sup>

---

<sup>67</sup> REPA, 2008, p.13.

<sup>68</sup> "Nas ciências sociais ninguém pode conservar a fria imparcialidade do sábio. As relações entre homens não são relações necessárias derivadas da natureza das coisas; são criadas pelos homens e podem ser modificadas por ele. A humanidade sonha sempre em modificá-las." (RIPERT, Georges. **Aspectos jurídicos do capitalismo moderno**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947. p.12).

<sup>69</sup> "Dessa maneira, a teoria tradicional é cega para sua função social real, a aplicação técnica do saber sob as condições sociais existentes. Sua autonomia e critérios de objetividade são aparentes e, ao mesmo tempo, correspondem à sua subordinação e aos interesses externos na sua aplicação nos processos de produção e reprodução da sociedade. Enquanto o cientista não levar em conta o papel social que cumpre sua atividade no conjunto da sociedade, ele permanecerá cego para as condições que determinam sua própria atividade científica." (REPA, *op. cit.*, p.12).

<sup>70</sup> NOBRE, 2004, p.38.

Destarte, em síntese, o método da teoria tradicional expurga o contexto histórico da análise científica transformando-a em uma teoria atemporal. Para combater essa "a-historicidade", Horkheimer apresenta como primeiro princípio da teoria crítica o comportamento crítico, o qual "[...] pretende conhecer sem abdicar da reflexão sobre o caráter histórico do conhecimento produzido"<sup>71</sup> e demonstrar duas coisas: que a produção científica tradicional é parcial ao ignorar sua função na sociedade e que ela fica limitada à aparência criada pela lógica ilusória do capital que, ao mesmo tempo que promete liberdade e igualdade, torna impossível a realização dessas promessas, como já havia advertido Marx. Cabe à Teoria Crítica eliminar a parcialidade da Teoria Tradicional, dando a esta a consciência de sua limitação a fim de superar sua função de legitimação da dominação.

A Teoria Crítica comporta-se criticamente não apenas em relação ao conhecimento produzido sob condições capitalistas, mas também quanto à própria realidade das condições sociais capitalistas, e é nesse momento, que aparece o segundo princípio crítico de Horkheimer, qual seja, o de orientação para a emancipação relativamente à dominação vigente, cuja busca, consiste em:

[...] interpretar todas as rígidas distinções em que se baseia a Teoria Tradicional (como "conhecer", "agir", "ciência", "valor" e tantas outras) como indícios da incapacidade da concepção tradicional de compreender a realidade social em seu todo. O método tradicional, ao tomar essas coisas como dadas e não como produtos históricos de uma formação social, não é capaz de explicar satisfatoriamente porque elas seriam, afinal, necessárias. A Teoria Crítica, ao contrário, mostra que tais divisões rígidas são características de uma sociedade dividida, ainda não emancipada.<sup>72</sup>

Observe-se que a Teoria Crítica não pode ser confundida com a mera utopia, pois esta, como projeto social irrealizável "[...] reforça a realidade existente por não identificar nela as possibilidades reais da realização almejada da justiça e da liberdade".<sup>73</sup>

---

<sup>71</sup> NOBRE, 2004, p.39.

<sup>72</sup> *Ibid.*, p.41.

<sup>73</sup> REPA, 2008, p.13.

De acordo com a primeira geração da Teoria Crítica, também conhecida como Escola de Frankfurt<sup>74</sup>, as teorias das ciências humanas não podem ser compreendidas como cadeias dedutivas dotadas de princípios gerais, em que o cientista é um mero observador<sup>75</sup>, e supor que há uma separação estanque entre "o que é" e "o que deve ser", bem como entre o objeto de estudo e o cientista sob a alegação de que isso reflete uma pretensa neutralidade científica.

Isso porque uma teoria pode, na busca dessa suposta imparcialidade, tornar-se "cega para sua função social real", no caso de o cientista restringir suas explicações à mera descrição do funcionamento da sociedade num dado contexto e realidade, sem atentar para seu fundo histórico, o que pode culminar na subordinação dessa teoria, ainda que de forma involuntária, a interesses externos aos processos de produção e reprodução da sociedade.

Assim, para os teóricos críticos, o cientista deve assumir seu papel social, sob pena de resignar-se à forma histórica de dominação de seu tempo. A partir disso é feita uma crítica à chamada Teoria Tradicional quando esta fixa a separação entre teoria e prática.<sup>76</sup>

Na obra "Dialética do Esclarecimento", Horkheimer e Adorno constataam que houve uma mudança estrutural no funcionamento do capitalismo que, após as fases "liberal" ou "concorrencial" e a "monopolista", assumiu o contorno do que os autores chamaram de capitalismo administrado ou mundo administrado. O velho mecanismo da autorregulação do mercado é substituído por uma forma de dominação mais imperceptível em que o sistema econômico é controlado politicamente e burocraticamente<sup>77</sup>, seguindo a racionalidade peculiar da burocracia. A essa racionalidade

---

<sup>74</sup> De acordo com Marcos Nobre, não se pode confundir a etiqueta "Escola de Frankfurt" com a acepção tradicional de "escola", pois esta significa "uma doutrina defendida por diversos pensadores" e, no caso da Teoria Crítica, não se pode pretender homogeneizar e uniformizar essa que é uma das tradições de pensamento mais ricas e complexas da história da filosofia e da teoria social, porém, há que se destacar que existem aqueles que defendem essa unidade teórica, como é o caso de Paul-Laurent Assoun na obra "A Escola de Frankfurt", fundamentando este posicionamento sob a alegação de que todas essas teorias utilizam os princípios de Teoria Crítica de Horkheimer.

<sup>75</sup> REPA, 2008, p.11.

<sup>76</sup> NOBRE, 2004, p.38.

<sup>77</sup> Expressão utilizada aqui no sentido weberiano.



burocrática os autores chamaram de razão instrumental: "uma racionalidade que pondera, calcula e ajusta os melhores meios a fins dados exteriormente ao agente"<sup>78</sup>.

Diante dessa razão instrumental, foi feita uma ampla investigação sobre a razão humana, daí a relação da Teoria Crítica com a psicanálise, a partir da qual se procurou compreender por que a racionalidade humana não alcançou a emancipação, mas bloqueou essa possibilidade e transformou os indivíduos em engrenagens de um mecanismo que não compreendem, porém, a ele se adaptam e se submetem sem oferecer qualquer resistência.

Horkheimer e Adorno, na referida obra, chegam à conclusão de que a razão instrumental reflete não apenas a forma de pensamento dominante, mas uma única forma de racionalidade possível no capitalismo administrado, o que os leva, no próprio exercício crítico, à seguinte aporia<sup>79</sup>: "[...] se a razão instrumental é a forma única de racionalidade no capitalismo administrado, bloqueando qualquer possibilidade real de emancipação, em nome de que é possível criticar a racionalidade instrumental?"

Por fim, assumem conscientemente essa aporia e ressaltam que no capitalismo administrado a possibilidade da crítica é precária, porém, não é impossível.

Portanto, deve-se atentar para o caráter histórico do conhecimento que, ao ser transposto para o âmbito do direito, pode levar à interpretação de que as intermináveis crises do direito são, em verdade, reflexo de uma Ciência Jurídica "viva", dinâmica, mutável e que está em constante transformação e reformulação, assim como a sociedade por ele regulada.

Nesses termos, a investigação das raízes históricas da ordem jurídica em um dado momento histórico e em certo território, bem como das concepções jurídicas que se apresentam como 'neutras' no direito instrumental, é necessária para que se desvende, com o auxílio da zetética, a estrutura do poder que está encoberta.

---

<sup>78</sup> NOBRE, 2004, p.51.

<sup>79</sup> DICIONÁRIO AURÉLIO – Século XXI, versão 3.0: Aporia: 1. Filos. Dificuldade de ordem racional, que parece decorrer exclusivamente de um raciocínio ou do conteúdo dele. [Cf. antinomia (3) e paradoxo (4).] 2. Hist. Filos. Conflito entre opiniões, contrárias e igualmente concludentes, em resposta a uma mesma questão.

3. E. Ling. Figura pela qual o orador finge hesitar, ter dúvidas, na escolha de uma expressão, de um rumo para o discurso.

\* Aporias de Zenão. Filos.

1. Aporias de Zenão de Eléia (v. eleatismo) em que pela primeira vez na História se emprega o raciocínio por absurdo (q. v.).

Isso porque há que se procurar uma conciliação entre zetética e dogmática, pois, ao mesmo tempo em que esta é necessária, à operacionalização do sistema legal, aquela é necessária à crítica.

### 1.3 O ORDENAMENTO JURÍDICO, NORMAS, ILÍCITOS E SANÇÕES

#### 1.3.1 Ordenamento, normas e relações jurídicas

Há uma relação de interdependência entre direito e sociedade uma vez que "O Direito não tem existência em si próprio. Ele existe na sociedade."<sup>80</sup>, assim como a sociedade cria e necessita do Direito como pilar da justiça e da segurança.<sup>81</sup>

Cumprе salientar que, segundo Tercio Sampaio Ferraz Junior, a palavra direito guardou tanto o sentido de *jus*, pertinente à Justiça, ligada à virtude moral, quanto de *derectum*, concernente ao equilíbrio da balança, pois esse mesmo termo é utilizado para designar o ordenamento vigente, como também para nos referirmos ao "direito de alguém" ou simplesmente para nos referirmos ao seu significado moral.<sup>82</sup>

Herbert Lionel Adolphus Hart publicou a obra "O conceito de Direito" (*The concept of Law*) em que traçou como objetivo melhor compreender direito, coerção e moralidade como fenômenos sociais distintos, porém relacionados entre si.<sup>83</sup>

Logo no primeiro capítulo dessa obra, ressaltou que "Poucas perguntas concernentes à sociedade humana têm sido formuladas com tanta persistência e respondidas por vários pensadores em tão diversas, estranhas e até mesmo paradoxais formas como a questão 'O que é direito?'".<sup>84</sup>

---

<sup>80</sup> NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 24.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.31.

<sup>81</sup> *Ibid.*, p.21.

<sup>82</sup> FERRAZ JUNIOR, 1994, p.33-34.

<sup>83</sup> HART, 1970, p.vii.

<sup>84</sup> HART, 1970, p.01.

Assim, para respondê-la, Hart constatou a necessidade de conjugar três preocupações principais, quais sejam, (1) a existência do direito implica a obrigatoriedade, em alguma medida, de certos comportamentos sociais; (2) a relação entre direito e moral e (3) o direito como um sistema de normas.

A primeira foi considerada por ele a característica mais proeminente e geral que se atribui ao direito<sup>85</sup>. Entretanto, uma análise mais atenta dessa característica, mesmo que restrita ao âmbito penal, leva, para Hart, a distorções e confusões entre as concepções de obrigações legais e ordens decorrentes de ameaças.<sup>86</sup>

Para solucionar essa distorção é necessário recorrer ao que chamou de um dos pontos cardeais para responder à pergunta "o que é o direito": a relação entre direito e moral.

Tanto na moral quanto no direito, a pena de morte e a arbitrariedade no uso da violência são os exemplos mais óbvios de coincidência entre proibições morais e legais. Porém, é na idéia de justiça, para Hart, que se forma a unidade entre Direito e Moral, pois a lei é melhor compreendida quando vista como um braço, um ramo, de moralidade e justiça, concebendo-se, assim, que moral faz parte do conceito de direito (o que o caracteriza como um teórico do direito não exclusivista), cabendo ressaltar que:<sup>87</sup>

Essa [doutrina que aproxima Direito e Moral] é a doutrina característica não apenas das teorias escolásticas do direito natural, mas de algumas teorias legais contemporâneas que fazem a crítica do 'positivismo' legal herdado de Austin. No entanto, também as atuais teorias que fazem essa aproximação entre direito e moral parecem, no fim, confundir um tipo de conduta obrigatória com outra, deixando espaço insuficiente para diferenciar regras legais de regras morais e para as divergências existentes entre essas obrigações. Isso é tão importante quanto a similaridade e a convergência entre elas que podem também vir a ser encontradas. Assim, a assertiva de que 'uma lei injusta não é lei' tem o mesmo tom de exagero e de paradoxo, senão falsidade, que a afirmação de que 'leis não são direito' ou de que 'direito constitucional não é direito'. Isso é característico da oscilação entre extremos que faz avançar a história das teorias legais, em que aqueles que enxergaram na proximidade

---

<sup>85</sup> *Ibid.*, p.06. "The most prominent general feature of law at all times and places is that its existence means that certain kinds of human conduct are no longer optional, but in some sense obligatory."

<sup>86</sup> "But attractive as this reduction of the complex phenomena of law to this simple element may seem, it has been found, when examined closely, to be a distortion and a source of confusion even in the case of a penal statute where an analysis in these simple terms seems most plausible. How then do law and legal obligation differ from, and how are they related to, orders backed by threats? This at all times has been one cardinal issue latent in the question 'What is law?'" (*Ibid.*, p.07).

<sup>87</sup> *Id.*

entre direito e moral nada mais que uma interferência decorrente do fato de direito e moral compartilharem um vocabulário comum de direitos e deveres, devem ter protestado contra isso em termos igualmente exagerados e paradoxais.<sup>88</sup>

A terceira preocupação, mais genérica, é a de conceber o direito como um sistema de regras. Porém, ainda que a questão, aparentemente, seja resolvida com certa facilidade, ela enseja novas reflexões: "o que são regras?"; "O que significa dizer que as regras *existem*?"; "As cortes realmente impõem ou apenas simulam a aplicação das regras?"<sup>89</sup>

Ainda, há muitos tipos de regras, como, por exemplo, de etiqueta, de linguagem, de jogos, de clubes, e que além de se originarem de formas bem diferentes, podem ter diversas relações quanto à conduta a que se referem. Especificamente no caso do Direito, observa Hart, que algumas regras são elaboradas pelo legislador e outras sequer passam por um processo deliberativo; algumas demandam que as pessoas adotem determinados comportamentos, outras, prescrevem procedimentos e formalidades.<sup>90</sup>

De acordo com Hart, as normas que prescrevem comportamentos podem prever condutas proibidas, podendo-se a elas cominar uma penalidade, e outras que estabelecem requisitos a serem cumpridos para que se possa gozar de um benefício.<sup>91</sup>

---

<sup>88</sup> Tradução livre de: *"This is the doctrine characteristic not only of scholastic theories of natural law but of some contemporary legal theory which is critical of the legal 'positivism' inherited from Austin. Yet here again theories that make this close assimilation of law to morality seem, in the end, often to confuse one kind of obligatory conduct with another, and to leave insufficient room for differences in kind between legal and moral rules and for divergences in their requirements. These are at least as important as the similarity and convergence which we may also find. So the assertion that 'an unjust law is not a law' has the same ring of exaggeration and paradox, if not falsity, as 'statutes are not law' or 'constitutional law is not law'. It is characteristic of the oscillation between extremes, which make up the history of legal theory, that those who have seen in the close assimilation of law and morals nothing more than an inference from the fact that law and morals share a common vocabulary of rights and duties, should have protested against it in terms equally exaggerated and paradoxical."* (HART, 1970, p.07).

<sup>89</sup> *Ibid.*, p.08.

<sup>90</sup> *Ibid.*, p.08-09.

<sup>91</sup> Em Hart, como é possível observar, são trabalhadas as noções tanto de sanções negativas quanto positivas.

Isso porque, segundo ele, dizer que uma regra existe significa afirmar que um grupo de pessoas, ou a maioria delas, comporta-se de determinada maneira e de acordo com a regra se presentes todas as circunstâncias. Mas daí advém a questão da diferença entre uma regra social e um comportamento convergente e que pode ser explicada, segundo Hart, linguisticamente.

O comportamento convergente pode existir sem que haja uma regra que demande essa conduta. Já no caso das regras jurídicas é essencial o comando normativo de um "dever":

No caso das regras jurídicas é muito comum que o elemento de diferença crucial (o elemento do obrigar ou dever) consiste no fato de que desvios em relação a certos tipos de comportamento irão provavelmente enfrentar uma reação hostil, e que no caso das regras jurídicas consistirá em uma punição imposta pelas autoridades. No caso daquilo que podemos chamar de meros hábitos coletivos, como ir semanalmente ao cinema, desvios não encontram uma punição, nem sequer uma reprovação; mas onde houver regras que exijam certas condutas, mesmo regras não jurídicas como requerer que os homens não utilizem chapéus e bonés em suas cabeças na igreja, algo semelhante a uma punição poderá acompanhar um desvio. No caso das regras jurídicas essa consequência é prevista, definida e organizada oficialmente, enquanto que no caso não jurídico, em que uma reação semelhante a uma punição é provável, ela não é organizada, nem definida.<sup>92</sup>

Destaca o autor que é claro que a previsão de uma punição ao desrespeito da regra jurídica é um importante aspecto do direito, mas há muitas objeções a essa característica, uma em especial, que caracteriza uma escola escandinava de teoria do direito e que merece ser observada. Trata-se do ceticismo em que a reprovação não se refere ao caráter obrigatório intrínseco da norma, mas ao sentimento de compulsão que os indivíduos experimentam e que os levam a se comportar de acordo com a norma e de agir contra aqueles que violam as regras. Entretanto, esses sentimentos não são reconhecidos pelos indivíduos, mas são interpretados

---

<sup>92</sup> Tradução livre de: *"In the case of legal rules it is very often held that the crucial difference (the element of 'must' or 'ought') consists in the fact that deviations from certain types of behaviour will probably meet with hostile reaction, and in the case of legal rules be punished by officials. In the case of what may be called mere group habits, like that of going weekly to the cinema, deviations are not met with punishment or even reproof; but wherever there are rules requiring certain conduct, even non legal rules like that requiring men to bare their heads in church, something of this sort is likely to result from deviation. In the case of legal rules this predictable consequence is definite and officially organized, whereas in the non-legal case, though a similar hostile reaction to deviation is probable, this is not organized or definite in character."* (HART, 1970, p.10).

como algo exterior, algo relativo à lógica do universo e nesse mundo de ficção, do "dever ser", constrói-se um "governo de regras e não de homens".<sup>93</sup>

Consequentemente, na visão de Hart, o aspecto preventivo<sup>94</sup> não possui relevância quando da aplicação do direito – o que é muito diferente do relevo que se atribui ao aspecto preventivo no Direito Penal e no Direito Administrativo Sancionador hodiernamente, principalmente a partir das já mencionadas características da sociedade pós-industrial no item 1.1.

Assim, destaca o autor que a corrente de ceticismo majoritária na Inglaterra e nos Estados Unidos questiona um sistema legal inteiramente ou principalmente constituído por regras, pois não apenas as regras são incertas, mas a interpretação que lhes é conferida pelos julgadores pode ser não só autoritária, como final, isto é, sem possibilidade de mudança. Questiona se a concepção de direito como essencialmente

---

<sup>93</sup> "É assim se olharmos atentamente a atividade do juiz ou da autoridade quando punem as violações às regras jurídicas (ou a atividade daquelas pessoas que reprovam ou criticam as violações às regras não legais), veremos que o aspecto preventivo das regras está envolvido nessa atividade de uma forma um tanto quanto inexplicável. O juiz, ao punir, utiliza a regra como seu *guia* e a violação da regra como sua *razão e justificativa* para a punição do ofensor. Ele não visualiza a regra como uma declaração de que ele e os outros provavelmente punirão desvios, muito embora um espectador possa enxergar a regra justamente dessa forma. O aspecto preventivo da regra (pensado de maneira real) é irrelevante, enquanto seu status de guia e justificativa é essencial. O mesmo é verdade em relação às reprovações informais administradas à violação de regras não jurídicas. Essas também não são meras reações previsíveis às violações, mas algo em que a regra se pauta e se justifica. Desta forma dizemos que reprovamos ou punimos um homem porque ele quebrou a regra: e não apenas porque era previsível [aspecto preventivo] que nós o reprovaríamos ou puniríamos." Tradução livre de: *"It is that if we look closely at the activity of the judge or official who punishes deviations from legal rules (or those private persons who reprove or criticize deviations from non-legal rules), we see that rules are involved in this activity in a way which this predictive account leaves quite unexplained. For the judge, in punishing, takes the rule as his guide and the breach of the rule as his reason and justification for punishing the offender. He does not look upon the rule as a statement that he and the others are likely to punish deviations, though a spectator might look upon the rule in just this way. The predictive aspect of the rule (though real enough) is irrelevant to his purposes, whereas its status as a guide and justification is essential. The same is true of informal reprovals administered for the breach of non-legal rules. These too are not merely predictable reactions to deviations, but something whose existence of the rule guides and is held to justify. So we say that we reprove or punish a man because he has broken the rule: and not merely that it was probable that we would reprove or punish him."* (HART, 1970, p.11).

<sup>94</sup> Muito embora o aspecto preventivo perfaça o objeto do segundo capítulo do trabalho, é importante trazer aqui, a título de ilustração, a crítica feita por Alejandro Nieto (NIETO, 2008, p.31 e 34.) ao enorme conjunto normativo em que estão previstos os ilícitos administrativos que inviabiliza ao destinatário dessas normas conhecê-las todas, o que, evidentemente, prejudica o aspecto preventivo e fomenta um sentimento social em que se deseja burlar a punição estatal que é vista, nesses casos, como uma verdadeira loteria, em que alguns "azarados" são sorteados e acabam sendo punidos. Isso porque se as regras não são previsíveis, não são passíveis de abstenção voluntária, e, portanto, todos estão sujeitos a terem cometido algum ilícito, mesmo sem conhecimento de que se tratava de uma conduta proibida. Destarte, nesse contexto não se opera o aspecto preventivo da norma. Para que isso ocorra, Nieto sugere a retração desse conjunto normativo de maneira tal que seja compatível com o aparato repressivo estatal.

uma questão de regras não é um grande exagero, senão um erro e afirma que, paradoxalmente, os diplomas legais são uma fonte de direito e não uma parte, uma parcela desse direito.<sup>95</sup>

Porém, ao mesmo tempo, é nessa incerteza e abertura das regras que se constrói a dogmática, como exposto anteriormente com apoio na obra de Tércio Sampaio Ferraz Junior.

Aliás, trazer uma concepção, uma noção, uma definição<sup>96</sup> e um conceito de direito, ainda que apenas verbal, é uma tarefa extremamente complexa e que tem função dupla: uma que é a de delimitar e precisar seu significado, outra é a de demonstrar quais são os elementos que podem ser designados por essa mesma palavra, consoante o próprio Hart pontua:

Simultaneamente confere um código ou fórmula que traduz a palavra em outros termos melhor compreendidos e localiza o tipo de coisa em relação à qual a palavra é utilizada para se referir, indicando a característica que é compartilhada, que é comum a uma maior família de coisas, bem como a que a diferencia de outras coisas ainda que da mesma família. Na busca e ao se chegar a essas definições estamos 'não apenas olhando para palavras... mas também para as realidades em relação às quais utilizamos as palavras para nos referir. Estamos usando um conhecimento aguçado das palavras para precisar nossa percepção do fenômeno.'<sup>97</sup>

---

<sup>95</sup> Tradução livre de: *"Scepticism about the character of legal rules has not, however, always taken the extreme form of condemning the very notion of a binding rule as confused or fictitious. Instead, the most prevalent form of scepticism in England and the United States invites us to reconsider the view that a legal system wholly, or even primarily, consists of rules."* E *"To cap the tale sceptics remind us that not only are the rules uncertain, but the court's interpretation of them may be not only authoritative but final. In view of all this, is not the conception of law as essentially a matter of rules a gross exaggeration if not a mistake? Such thoughts lead to the paradoxical denial which we have already cited: 'Statutes are sources of law, not part of the law itself.'"* (HART, 1970, p.11-12 e 13, respectivamente).

<sup>96</sup> "Definição, como sugere a palavra, é primeiramente uma questão de delimitar ou distinguir entre uma coisa e outra, o que é marcado, na linguagem, pela utilização de palavras distintas para designá-las. A necessidade dessa delimitação é experimentada por aqueles que estão à vontade com o uso comum da palavra, porém, não podem afirmar ou explicar as distinções que, eles sentem, que divide um tipo de coisa de outra." Tradução livre de *"Definition, as the word suggests, is primarily a matter of drawing lines or distinguishing between one kind of thing from another, which language marks off by a separate word. The need for such a drawing of lines is often felt by those who are perfectly at home with the day-to-day use of the word in question, but cannot state or explain the distinctions which, they sense, divides one kind of thing from another."* (Ibid., p.13).

<sup>97</sup> Tradução livre de: *"It simultaneously provides a code or formula translating the word into other well-understood terms and locates for us the kind of thing to which the word is used to refer, by indicating the features which it shares in common with a wider family of things and those which mark it off from others of that same family. In searching for and finding such definitions we 'are looking not merely at words... but also at the realities we use words to talk about. We are using a sharpened awareness of words to sharpen our perception of the phenomena.'"* (Ibid., p.14).

Feitas essas considerações sobre a problemática da definição, pode-se trazer a lume que a palavra direito pode designar, também, ordenamento jurídico, o qual pode ser concebido como um complexo de normas jurídicas que estão relacionadas entre si, entretanto, Norberto Bobbio afirma que "[...] o Direito não é norma, mas um conjunto coordenado de normas, sendo evidente que uma norma jurídica não se encontra jamais só, mas está ligada a outras normas com as quais forma um sistema normativo."<sup>98,99</sup>

Ao tratar de normas, é imperativo que se estabeleça a diferença entre normas, regras e princípios. Dessa forma, considera-se para os fins deste trabalho a concepção de Alexy em que a norma é o gênero e os princípios e as regras, espécies de normas, sendo necessário o estudo dessa classificação para aclarar a utilização desses termos.

### 1.3.2 Normas, regras e princípios

Para ilustrar melhor a questão da divisão entre normas, regras e princípios, observe-se o entendimento de José Afonso da Silva acerca do tema:

Há quem conceba *regras* e *princípios* como espécies de *norma*, de modo que a distinção entre regras e princípios constitui uma distinção entre duas espécies de normas.<sup>100</sup> A compreensão dessa doutrina exige conceituação precisa de *normas* e *regras*, inclusive para estabelecer a distinção entre ambas, o que os expositores da doutrina não têm feito, deixando assim obscuro seu ensinamento.<sup>101</sup>

---

<sup>98</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995. p.21.

<sup>99</sup> O autor menciona que esse foi o grande mérito da Teoria do Direito como instituição e que tem como principais representantes o italiano Santi Romano (1875-1947) e Maurice Hauriou (1856-1929), na França. Destaca Bobbio que o italiano foi o pioneiro dessa concepção com a obra "L'Ordinamento Giuridico" – O Ordenamento Jurídico – cuja primeira edição data de 1917.

<sup>100</sup> Contudo, Canotilho numa obra escrita em parceria com Vital Moreira, com edição do mesmo ano, a doutrina é diversa. Nela se afirma que a norma se distingue do princípio porque contém uma regra, instrução, ou imposição imediatamente vinculante para certo tipo de questões. Vale dizer, então, que a distinção é feita entre princípios e normas, e estas diferem daqueles porque contêm uma regra.

<sup>101</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p.92.



Tendo em vista que o objetivo do presente trabalho não se coaduna com a apresentação dessa discussão doutrinária, a concepção que apresenta a norma como gênero e os princípios e regras como suas espécies será a acolhida, sendo importante, ainda, trazer a distinção entre princípios e regras.

Sobre o assunto, Humberto Bergmann Ávila infere que a definição de princípios jurídicos e sua distinção ante as regras dependerá do critério distintivo empregado, do fundamento teórico utilizado e da finalidade para qual são realizadas.

Assim sendo, afirma que os princípios são instrumentos analíticos abstratos, ou seja, têm sua definição formulada linguisticamente o que culmina na dificuldade de se estabelecer apenas uma definição do que seria um princípio, como bem acentua José Afonso da Silva em sua obra. Portanto, neste mote, deve-se acatar o ensinamento de Riccardo Guastini, segundo o qual não se deve buscar uma definição unitária, mas sim, num primeiro momento, deve-se aceitar que alguns autores utilizam, algumas vezes, a palavra com significados distintos e, em segundo lugar, compreender que o termo princípio pode ser empregado em relação a vários fenômenos e não necessariamente a um só.<sup>102</sup>

Ávila faz uma importante observação de que as definições de Josef Esser, Ernst Forsthoff, Hans Wolff, Otto Bachof, Otto Stober e Karl Larenz procuram distinguir princípios de regras com base em dois critérios: (1) *grau de abstração e generalidade da prescrição normativa* e (2) *o fundamento de validade*. Com relação ao primeiro, verifica-se que os princípios são dirigidos a um número indeterminado de pessoas e circunstâncias, enquanto as regras seriam menos gerais e conteriam mais elementos concretos quanto à conduta, permitindo a estruturação de uma hipótese e de uma consequência; e quanto ao segundo, a distinção se dá porque os princípios decorrem da noção de Estado de Direito, ao passo que as regras são dedutíveis dos textos normativos.<sup>103</sup>

Para Boulanger a diferença entre princípio e regra é tanto de importância, quanto de natureza. A generalidade da regra jurídica não é a mesma do princípio, pois aquela é geral e estabelecida para um indeterminado número de atos e fatos,

---

<sup>102</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.215, p.154, jan./mar. 1999.

<sup>103</sup> *Ibid.*, p.155-156.

editada para abranger uma situação jurídica determinada. Já o princípio, ao contrário, é geral porque comporta uma série indefinida de aplicações.<sup>104</sup>

Na Teoria Normativa-Material Robert Alexy instituiu a distinção entre regras e princípios. Conjuga regras e princípios como duas modalidades pertencentes ao conceito de norma, porquanto ambos se formulam com a ajuda de expressões deônticas<sup>105</sup> fundamentais como mandamento, permissão e proibição. Ambos constituem fundamentos para juízos concretos de dever, embora de espécies muito diferentes. Alexy desenvolveu três teorias acerca da distinção entre regras e princípios, entendendo como a mais correta aquela que estabelece um critério gradualista-quantitativo para diferenciá-los, afirmando que entre essas duas espécies de normas não impera apenas a distinção de grau, mas também a de qualidade. O ponto determinante do referido critério, entendidos os princípios como "mandamentos de otimização" (*Optimierungsgebot*), é o reconhecimento de que são normas.<sup>106</sup>

As normas jurídicas regulam relações jurídicas, as quais se mostram como outro elemento central de reflexão.

Uma relação não é naturalmente jurídica, mas pode vir a ser considerada juridicamente relevante no momento em que ela passa a ser regulada e prevista em uma regra legal:

[...] não se pode determinar se uma relação é jurídica com base nos interesses em jogo; pode-se determiná-la apenas com base no fato de ser ou não regulada por uma norma jurídica. O problema da caracterização do direito não reside sobre o plano da relação; se encontra somente sobre o plano das normas que regulam a relação. Em outras palavras: dado um vínculo de interdependência entre relação jurídica e norma jurídica, nós não diríamos que uma norma é jurídica porque regula uma relação jurídica, mas sim que uma relação é jurídica porque é regulada por uma norma jurídica.

---

<sup>104</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p.267.

<sup>105</sup> Segundo o Dicionário Aurélio Eletrônico – Século XXI, versão 3.0 de novembro de 1999, o verbete refere-se à "deontologia", do grego "déontos", 'o que é obrigatório, necessário', + -logia.]  
1. O estudo dos princípios, fundamentos e sistemas de moral.  
2. Tratado dos deveres.

<sup>106</sup> BONAVIDES, *op. cit.*, p.278.

Não existe, na natureza, ou melhor, no campo das relações humanas, uma relação que seja por si mesma, isto é, *ratione materiae*, jurídica: há relações econômicas, sociais, morais, culturais, religiosas, há relações de amizade, indiferença, inimizade, há relações de coordenação, de subordinação, de integração. Mas nenhuma dessas relações é *naturalmente* jurídica. Relação jurídica é aquela que, qualquer que seja o seu conteúdo, é tomada em consideração por uma norma jurídica, é subsumida por um ordenamento jurídico, é qualificada por uma ou mais normas pertencentes a um ordenamento jurídico.<sup>107</sup>

Portanto, compreendido o direito como um conjunto de normas, as quais estão relacionadas entre si e que, ao se referirem a certas relações, estas passam a ser consideradas juridicamente relevantes e, assim, passam a ser chamadas de relações jurídicas, mostra-se necessário para o estudo das infrações administrativas tratar, mais especificamente, da questão normativa naquilo que diz respeito às normas de condutas.

### 1.3.3 Normas de conduta e de estrutura, regras primárias e secundárias: o ilícito

Para facilitar a compreensão da estrutura e das características dos elementos nucleares do ordenamento jurídico, as normas jurídicas, principalmente naquilo que diz respeito às infrações administrativas, serão apresentadas as normas de estrutura e de conduta e, em seguida, as normas primárias e secundárias.

No direito, as normas de estrutura dizem respeito à criação, alteração e à dinâmica das próprias normas jurídicas. As normas de conduta, criadas de acordo com as formalidades estabelecidas pelas normas de estrutura, têm por objeto a regulamentação das condutas humanas, dizendo o que "deve ser". Portanto, observa Rafael Munhoz de Mello que "[...] a norma de conduta pode tornar um determinado comportamento (i) proibido, (ii) permitido ou (iii) obrigatório", entretanto, essa escolha é efetuada pela pessoa competente para estabelecer as normas de

---

<sup>107</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Bauru: Edipro, 2001. p.43-44.

conduta, de acordo com as disposições constantes das normas de estrutura, em geral, o Poder Legislativo.<sup>108</sup>

De acordo com o critério sintático, concernente à relevância das normas, estas podem ser divididas entre primárias e secundárias:

Quanto aos critérios sintáticos, podemos classificar as normas pela *relevância*, pela *subordinação*, pela *estrutura*. Quanto à *relevância* falamos em normas *primárias* e *secundárias*. Primitivamente esta última distinção servia para avaliar a importância das normas: as primárias eram como que superiores, pelo seu valor, às secundárias. Assim se dizia que eram primárias as normas que estabeleciam um preceito para a ação, sendo secundárias as que previam a sanção. Kelsen, do seu ponto de vista – norma jurídica é a prescrição de uma sanção a um comportamento – inverte o critério e chama, em suas primeiras obras, a norma sobre a sanção de primária e a norma que contém o mandamento de secundária. Atualmente a avaliação da importância cedeu lugar à mera relação inclusiva: se uma norma tem por objeto outra norma, ela é secundária; se tem por objeto a própria ação, é primária. Assim, normas secundárias são normas sobre normas.<sup>109</sup>

Hart também utiliza a divisão entre normas primárias e secundárias, porém, com uma acepção um pouco diferente.

As primárias, para Hart, também preveem deveres. As secundárias subdividem-se entre normas de câmbio, de adjudicação e de reconhecimento, e conferem poderes ao mesmo tempo em que solucionam o problema de um conjunto normativo estático, ineficiente e incerto, que seria o resultado de um ordenamento formado apenas por normas primárias.<sup>110,111</sup>

---

<sup>108</sup> MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador:** as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2008. p.35.

<sup>109</sup> FERRAZ JUNIOR, 1994, p.125.

<sup>110</sup> *Id.*

<sup>111</sup> "É verdade que a idéia de regra não é, de forma alguma, simples: como foi visto no Capítulo III a necessidade de que, se formos fazer justiça à complexidade do sistema jurídico, diferenciar dois diferentes tipos de regras que estão entre si relacionadas. Nas regras que podem ser consideradas do tipo básico ou primário, requer-se que as pessoas executem ou abstenham-se de certas ações, independente do fato de essas pessoas quererem ou não agir dessa forma. Regras do outro tipo são, em um sentido, parasitárias ou secundárias em relação ao primeiro tipo de regra; [...] Regras do primeiro tipo impõem deveres, regras do segundo tipo conferem poderes, públicos ou privados. Regras do primeiro tipo referem-se a ações que envolvem movimentos físicos ou mudanças; regras do segundo tipo fornecem [...] a criação ou variação de deveres ou obrigações." Tradução livre de "It is true that the idea of a rule is by no means a simple one: we have already seen in Chapter III the need, if we are to do justice to the complexity of a legal system, to discriminate between two different thought related types. Under rules of the one type, which may well be

Essa terminologia (normas primárias e secundárias) é criticada por alguns autores porque contém certa carga valorativa.<sup>112,113</sup>

A partir disso, pode-se dizer que as regras punitivas materiais, sejam as de Direito Penal ou as de Direito Administrativo Sancionador, são regras de conduta complexas, isto é, formadas – ao menos usualmente – por um preceito primário, o qual estabelece uma obrigação ou uma abstenção em que se reflete o conteúdo da norma que tutela determinado interesse que é, então, elevado à categoria de bem jurídico<sup>114</sup> e, por um preceito secundário, em que se estabelece a punição que será infligida àquele que violar o preceito primário.

---

*considered the basic or primary type, human beings are required to do or abstain from certain actions, whether they wish to or not. Rules of the other type are in a sense parasitic upon or secondary to the first; [...]. Rules of the first type impose duties; rules of the second type confer powers, public or private. Rules of the first type concern actions involving physical movement or changes; rules of the second type provide [...] to the creation or variation of duties or obligations."* (HART, 1970, p.78-79).

<sup>112</sup> "Há quem prefira falar em normas de competência (as que estabelecem poderes e procedimentos) e normas de conduta (as que estabelecem obrigações), como é o caso de Alf Ross (1970:32). Outros preferem falar em normas de organização e normas de conduta (cf. Miguel Reale, 1974:105). De qualquer forma, a distinção não é rigorosa e mereceu de Bobbio (1977) um ensaio ao qual remetemos o leitor." (FERRAZ JUNIOR, 1994, p.125).

<sup>113</sup> Aqui, utilizo o mesmo recurso de Tercio Sampaio Ferraz Junior e faço referência à obra de Norberto Bobbio: **Dalla struttura Allá funzione**. Milão: Edizione di Comunità, 1977.

<sup>114</sup> O bem jurídico é inserido aqui porque se trata de uma construção teórica ainda necessária, como aponta Juarez Cirino dos Santos: "Na verdade, o bem jurídico é *critério* de criminalização porque constitui *objeto* de proteção penal – afinal, existe um núcleo duro de bens jurídicos individuais como a vida, o corpo, a liberdade e a sexualidade humanas, que configuram a base de um Direito Penal *mínimo* e dependem de proteção penal, ainda uma *resposta legítima* para certos problemas sociais. Assim, evitar a criminalização da *vontade do poder*, ou das *expectativas normativas*, parece insuficiente para rejeitar o bem jurídico como **objeto** de proteção penal; além disso, admitir a *proteção* de bens jurídicos pela criminalização não exclui a necessidade de *relevância* do bem jurídico para constituir objeto de proteção penal – sempre *subsidiária* e *fragmentária* –, nem implica incluir *todos* os bens jurídicos como objeto de proteção penal. Mas ainda, se a *fonte exclusiva* de bens jurídicos selecionados para proteção é a Constituição da República – o fundamento político do moderno Estado Democrático de Direito –, então a criminalização da *vontade do poder* ou de meras *expectativas normativas* parece remota; ao contrário, a rejeição do bem jurídico como objeto de proteção *fragmentária* e *subsidiária* da criminalização poderia criar um vazio legal preenchível pela *vontade do poder*, ou pelas *expectativas normativas* como *objetos* de criminalização – sem falar na incômoda proximidade com a teoria sistêmica de JAKOBS, que despreza o bem jurídico tanto como *objeto* de proteção, quanto como *critério* de criminalização" E "Na atualidade, juristas criminólogos críticos propõem reservar o conceito de *bem jurídico* para os direitos e garantias individuais do ser humano, excluindo a criminalização (a) da *vontade do poder*, (b) de *papéis sistêmicos*, (c) do *risco abstrato*, (d) ou dos *interesses difusos* característicos de *complexos funcionais* como a economia, a ecologia, o sistema tributário etc. Essa posição reafirma os princípios do Direito Penal do **fato**, como lesão do bem jurídico, e da **culpabilidade**, como limitação do poder de punir, excluindo a *estabilização das expectativas normativas* das concepções autoritárias do funcionalismo de JAKOBS, por exemplo. Desse ponto de vista, consideradas todas as limitações e críticas, o conceito de *bem jurídico*, como *critério* de criminalização e como *objeto* de proteção, parece constituir garantia política irrenunciável do Direito Penal do estado

Para facilitar a visualização dessa técnica legislativa, segue a transcrição do exemplo que consta na obra de Zaffaroni e Pierangeli quanto à tutela da vida, em que se esclarece que tanto a norma quanto o bem jurídico passam a ser reconhecidos a partir da lei, porém, dela não fazem parte:

[...] o legislador encontra-se diante do ente 'vida humana' e tem *interesse em* tutelá-la, porque a valora (a considera positiva, boa, necessária, digna de respeito etc.). Este *interesse jurídico* em tutelar o ente 'vida humana' deve ser traduzido em uma norma; quando se pergunta 'como tutelá-lo?', a única resposta é: "proibido matar". Esta é a norma proibitiva 'não matarás'. Esta norma deve ser expressa em leis e, com isto, a vida humana se revelará como um bem jurídico. Assim, a vida humana é um bem jurídico à luz das disposições constitucionais, civis (art.948 do CC/2002) etc. Sem embargo, pode ser que não se contente com esta manifestação da norma e requeira também uma tutela penal, ao menos para certas formas de lesão ao bem. É aí, então, quando o legislador elabora o tipo penal que o bem jurídico vida humana passa a ser um bem jurídico-penalmente tutelado (art. 121 do CP).

Dessarte, o *legislador vai do ente à norma e desta ao tipo*. Nós, ao interpretarmos a lei penal a fim de determinar o seu alcance, devemos seguir o caminho inverso: da lei (*tipo legal*: 'Matar alguém ... pena') à norma ('não matarás') e através da norma conhecemos o ente que afinal será bem jurídico (a vida humana).

O tipo pertence à lei, mas nem a norma e nem o bem jurídico pertencem à lei, mas são conhecidos através do tipo legal e limitam o seu alcance. Assim como uma área geográfica pode estar limitada por um rio a ela pertença, a norma e o bem jurídico delimitam o proibido pela lei e são conhecidos através dela, mas a ela não pertencem.<sup>115</sup>

Assim, é importante anotar que a divisão entre normas primárias e secundárias é relevante na medida em que é justamente no preceito primário que encontramos o cerne daquilo que se conhece por ilícito; noção esta que é central para o desenvolvimento deste trabalho.

O ilícito é uma categoria jurídica e um conceito lógico-jurídico, e tem por elementos: "[...] ato ou omissão humanos, a infringência à norma legal<sup>116</sup> do ramo

---

Democrático de Direito, nas formações sociais estruturadas sobre a relação *capital/trabalho assalariado*, em que se articulam as classes sociais fundamentais do neoliberalismo contemporâneo." (SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 3.ed. rev. ampl. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008b. p.15-16 e 17-18, respectivamente).

<sup>115</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 8.ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. v.1. p.393.

<sup>116</sup> Ver, sobre a infração da norma como um recurso estilístico: BITTENCOURT, Terezinha Maria da Fonseca Passos. **A infração da norma**: um recurso estilístico. Niterói, RJ: [s.n.], 1991.

considerado, o dano e a responsabilidade; em suma, alguém causando desequilíbrio na ordem natural-legal da sociedade e, pelo seu restabelecimento, devendo responder."<sup>117</sup>

É uma categoria jurídica<sup>118</sup>, como bem anotado por Edmir Netto de Araújo<sup>119</sup> – e constatado também por Daniel Ferreira<sup>120</sup> – porque se trata de uma "[...] expressão adotada para designar as formas puras de conceituação jurídica, a partir das quais é possível adicionar os elementos peculiares e específicos, para situá-las em qualquer dos ramos em que o Direito se divide, e integrá-las nas disciplinas correspondentes."<sup>121</sup>

Ademais, é um conceito lógico-jurídico porque se mostra comum aos diversos ordenamentos jurídicos do mundo e, portanto, universal e que independe do tempo e do espaço, como ensinou Geraldo Ataliba.<sup>122,123</sup>

O ilícito, portanto, é gênero, do qual fazem parte suas várias espécies, como o penal, o administrativo, o civil, o tributário etc.<sup>124</sup>

O ilícito administrativo é, portanto, uma espécie do gênero ilícito. Isso explica, em alguma medida, a dificuldade em diferenciar, por exemplo, o ilícito penal do administrativo<sup>125</sup>, bem como as construções teóricas que se baseiam na possibilidade de aproveitamento de estudos desenvolvidos em outros ramos jurídicos sobre suas respectivas espécies de ilícitos para compreender e auxiliar no desenvolvimento de

<sup>117</sup> ARAÚJO, Edmir Netto de. **O ilícito administrativo e seu processo**. São Paulo: RT, 1994. p.23.

<sup>118</sup> Sobre as categorias jurídicas, conferir o artigo: CRETELLA JUNIOR, José. As categorias jurídicas e o direito público. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, ano 62, n.2, p.214, 1967.

<sup>119</sup> Algumas obras, por seus títulos, parecem abordar as infrações administrativas de uma forma ampla, porém, a partir dos conceitos que trabalham, acabam por restringir as infrações administrativas a infrações disciplinares, como é o caso de Edmir Netto de Araújo (*op. cit.*).

<sup>120</sup> FERREIRA, Daniel. **Teoria geral da infração administrativa a partir da constituição federal de 1988**. Belo Horizonte: Forum, 2009. p.77.

<sup>121</sup> ARAÚJO, *op. cit.*, p.22.

<sup>122</sup> ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p.59.

<sup>123</sup> MELLO, R. M., 2008, p.43.

<sup>124</sup> ARAÚJO, *op. cit.*, p.24.

<sup>125</sup> Isso gerou na doutrina várias discussões sobre os critérios de diferenciação dos ilícitos penais e administrativos e que são objeto de análise no capítulo 3, inclusive, trabalhos que se dedicaram exclusivamente a esta tarefa como a obra base para a análise dessa questão neste trabalho que é a de Fernando Navarro Cardoso (**Infraacción administrativa y delito: límites a la intervención del derecho penal**. Madrid: Editorial Colex, 2001).

uma teoria da infração administrativa, em especial do Direito Penal. Exemplo de tal afirmação é o entendimento de Daniel Ferreira que em sua obra fez um paralelo com a Teoria do Delito e o conceito estratificado de crime.<sup>126</sup>

Para concluir a idéia sobre o ilícito, cumpre trazer à colação o conceito de infração desenvolvido por Luciano da Silva Amaro:

[...] infração é um comportamento qualquer, por ação ou omissão, contrário a uma norma jurídica. É uma conduta omissiva ou comissiva que infringe um comando legal.

Essa infração supõe uma reação do Direito, porque o Direito não se queda inerte diante da agressão sofrida. O Direito reage, e o faz através de remédios legais, que por sua vez apresentam um espectro bastante grande. A reação do Direito vai desde a reposição, ou reparação, da situação de quem sofreu a lesão, até uma sanção, um castigo, que se aplica ao infrator.<sup>127</sup>

Destaque-se que no Direito Administrativo Sancionador<sup>128</sup> há uma constante tensão entre os doutrinadores sobre a relação entre o Direito Penal e o direito administrativo. Há aqueles que defendem a transposição das construções garantistas penais, alguns que institutos penais devem ser adaptados – matizados – e aplicados ao Direito Administrativo Sancionador. Outros, por seu turno, consideram impossível adaptar os institutos penais, devendo-se elaborar uma construção própria, com base no direito público, de origem eminentemente administrativa.

Essa aproximação também se justifica sob o argumento<sup>129</sup> de que as sanções administrativa, penal e civil, são consideradas ontologicamente idênticas, não havendo

---

<sup>126</sup> "Este livro visa a oferecer um modelo de Teoria Geral da Infração Administrativa a partir da Constituição Federal de 1988: um plexo teórico de petrechos aptos a demonstrar a presença ou ausência do ilícito administrativo *in concreto*." E "Neste contexto, o ensaio não se fez inédito, mas novidadeiro em relação à pretensão deliberadamente adotada de se firmar nos sólidos argumentos e experimentos da doutrina penal [...]" (FERREIRA, 2009, p.19).

<sup>127</sup> AMARO, Luciano da Silva. Infrações tributárias. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, n.67, p.25, 1997.

<sup>128</sup> O Direito Administrativo Sancionador dedica-se ao estudo dos ilícitos administrativos e é a vertente sancionadora da administração pública.

<sup>129</sup> Um deles é Rogério Greco: "Temos ilícitos de natureza penal, civil, administrativa, etc. Será que existe uma diferença entre eles? Ou, numa divisão somente entre ilícitos penais e não penais, podemos vislumbrar alguma diferença? Na verdade, não há diferença alguma. Ocorre que o ilícito penal, justamente pelo fato de o Direito Penal proteger os bens mais importantes e necessários à vida em sociedade, é mais grave. Também aqui o critério de distinção é político. O que hoje é um ilícito civil, amanhã poderá vir a ser um ilícito penal. O legislador, sempre observando os princípios que norteiam o Direito Penal, fará a seleção dos bens que a este interessam mais de perto, deixando



diferença substancial entre os ilícitos penais, administrativos, civis, tributários etc., urgindo, assim, o tratamento das sanções jurídicas.<sup>130</sup>

#### 1.3.4 As sanções jurídicas positivas e negativas no ordenamento

As sanções são a consequência jurídica atribuída pelo ordenamento jurídico a uma conduta legalmente regulada, podendo ser a sanção, inclusive, um critério para a definição do caráter jurídico de uma norma, conforme ensina Bobbio:

O critério é de clara enunciação: se uma norma prescreve o que deve ser e se o que deve ser não corresponde ao que é necessariamente, quando a ação real não corresponde à prevista, a norma é violada. Essa violação, que pode ser uma inobservância ou uma inexecução, exige uma resposta. Assim, a sanção é definida como um expediente através do qual se busca, num sistema normativo, salvaguardar a lei da erosão das ações contrárias. Ou, mais brevemente, a sanção é a resposta à violação da norma, sendo que a sanção 'jurídica' é a resposta externa e institucionalizada.<sup>131</sup>

Porém, registre-se neste ponto a observação de Daniel Ferreira, apoiado na doutrina de Lourival Vilanova, de que nem sempre há uma necessária sanção como consequência de um ilícito:

Segue, aqui, uma advertência: Vilanova já enfrentou e resolveu um problema, o da falsa e sempre necessária sanção como resposta ao cometimento do ilícito. Como muito bem observado, nem sempre a consequência lógico-jurídica do genérico descumprimento da norma é a sanção. Pense-se, por exemplo, numa cláusula contratual descumprida. O prejudicado poderá deixar de buscar junto ao Estado-Juiz uma intervenção voltada à imposição da

---

a proteção dos demais a cargo dos outros ramos do Direito." e acrescenta "A diferença entre ilícito penal e o civil, obviamente observada a gravidade de um e de outro, encontra-se também na sua consequência. Ao ilícito penal o legislador reservou uma pena, que pode até chegar ao extremo de privar o agente de sua liberdade, tendo destinado ao ilícito civil, contudo, como sua consequência, a obrigação de reparar o dano, ou outras sanções de natureza civil." (GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 11.ed. rev. amp. atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. v.1. p.141).

<sup>130</sup> No mesmo sentido Rafael Munhoz de Mello e Luciano da Silva Amaro: "Não há diferença ontológica entre sanção civil, sanção penal e sanção administrativa. Seja na esfera do direito civil, seja na esfera do direito penal, seja, ainda, na esfera do direito administrativo, *sanção jurídica* é sempre a consequência negativa atribuída à prática de um ilícito." (MELLO, R. M., 2008, p.255).

<sup>131</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. O pensamento jurídico de Norberto Bobbio. In: BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995. p.09.

sanção pactuada e poderá fazê-lo postulando a judicial coerção no sentido do cogente cumprimento da inadimplida obrigação (quem sabe relativamente a uma obrigação de fazer: entregar a coisa).<sup>132</sup>

Pode-se afirmar, diante disso, que as sanções jurídicas, de acordo com Norberto Bobbio: [...] são postas pelo ordenamento jurídico 'para obter' um dado comportamento humano que o legislador considera desejável."<sup>133</sup>, pois:

[...] a reflexão sobre a sanção nos mostra que, se de um lado é possível manter, com certeza, a teoria jurídica dentro das fronteiras do normativo e das relações de validade, uma vez que as normas não valem por causa da sanção, de outro lado, a noção de sanção nos obriga a explicar o fenômeno da força e, em consequência, a enfrentar a questão da dimensão fática dentro da teoria jurídica.<sup>134</sup>

Mas nem sempre foi conferido esse enfoque à sanção positiva, isto é, aquelas consequências jurídicas que não possuem o sentido de punição, mas que são recompensas.

Em Jhering<sup>135</sup> e Kelsen conferia-se maior relevo às sanções negativas – atribuídas ao infrator da lei –, o que se explica, de acordo com Bobbio, pela predominância da forma repressiva do Estado no século XIX – época do Estado de Polícia, e isso não significa, em absoluto, que as sanções positivas não fossem conhecidas.<sup>136</sup>

O Estado atual não mais exerce apenas uma função de proteção e repressão, pois seu papel foi ampliado de forma que hoje se configura como "produtor de serviços de consumo social, regulamentador da economia e produtor de mercadorias"<sup>137</sup>, desenvolvendo, para dar sustentáculo a todas essas atribuições, um complexo sistema

---

<sup>132</sup> FERREIRA, 2009, p.33, nota de rodapé 23.

<sup>133</sup> BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione*. Milão, 1977. p.71 *apud* FERRAZ JUNIOR, 1995. p.11.

<sup>134</sup> FERRAZ JUNIOR, 1995, p.10-11.

<sup>135</sup> A sanção negativa em Jhering reproduzia a "[...] distinção hegeliana entre sociedade civil e Estado e a cisão entre interesses econômicos e a de interesses políticos, entre a condição de burguês e a de cidadão, típica da sociedade industrial do século passado. Em princípio, nessa concepção, o Estado assumia a função de custodiador da ordem pública e o Direito se resumia, particularmente, em normas negativas (de proibição), com prevalência óbvia das sanções negativas." (*Ibid.*, p.11-12).

<sup>136</sup> *Ibid.*, p.11.

<sup>137</sup> *Ibid.*, p.12.

tanto de sua organização estrutural como de incentivos. E, nesse contexto, uma teoria jurídica da sanção restrita às sanções negativas mostra-se extremamente limitada.<sup>138</sup>

Bobbio, brilhante no desenvolvimento analítico da questão das sanções jurídicas, justamente com o foco nessas novas funções estatais, chama a atenção para as técnicas tanto de encorajamento quanto de desencorajamento de condutas<sup>139</sup>, seja por meio de medidas diretas, que visam conformar as condutas sociais com os comandos normativos, seja por meio das indiretas, que dificultam os comportamentos indesejados.

O diferente relevo conferido pelo jurista italiano às sanções altera a abordagem do tema na Ciência do Direito, pois esta não mais poderá limitar-se ao estudo e à análise da sanção negativa e dos conceitos de obrigação e delito, devendo-se também enxergá-la como uma 'promessa'.<sup>140</sup>

Assim, adota-se, para fins deste estudo, o conceito de sanções jurídicas de Norberto Bobbio, pois, em que pese a crítica de Tercio Sampaio Ferraz Junior<sup>141</sup>, trata-se da melhor noção diante das transformações da sociedade moderna, visto que o reforço da ótica promocional do Direito a partir das sanções positivas – que vêm crescendo e modificando a forma de controle social, como mencionou em sua

---

<sup>138</sup> "Ora, nesse contexto, uma teoria jurídica da sanção, limitada ao papel das sanções negativas e, pois, ignorando o papel assistencial, regulador e empresarial do Estado, estaria destinada a fechar-se num limbo, entendendo mais, porque entendendo limitadamente, a relação entre o Direito, o Estado e a sociedade." (FERRAZ JUNIOR, 1995, p.12).

<sup>139</sup> Para saber mais sobre os reflexos desse tipo de abordagem no comportamento humano, recomenda-se a leitura das obras behavioristas ou comportamentalistas, em especial, de autoria do alemão Burrhus F. Skinner.

<sup>140</sup> FERRAZ JUNIOR, *op. cit.*, p.13-14.

<sup>141</sup> Assim, por exemplo, Bobbio observa que, no uso de sanções positivas, como se trata de comportamentos 'permitidos', o agente é 'livre' para fazer, isto é, é livre para valer-se de sua própria liberdade. A meu ver, isso cria a impressão de que, no uso das sanções positivas, o agente sancionador restringe sua própria força, uma vez que não ameaça, mas encoraja; 'embora', ao que parece, aqui se colocasse [sic] a importante questão de se saber se, no caso das técnicas de encorajamento, 'a autonomia da vontade não estaria sendo sutilmente escamoteada', implicando o reconhecimento de que o Estado com função promocional desenvolve formas de poder ainda mais amplas que o Estado protetor. Isto é, ao prometer, via subsídios, incentivos e isenções, ele substitui, como disse, o mercado e a sociedade no modo de 'controlar' (no sentido amplo da palavra) o comportamento." (*Ibid.*, p.14).

obra Gisele Mascarelli Salgado<sup>142</sup> – contrastam com as sanções negativas e o papel coercitivo do Direito, muito marcantes na nossa sociedade, principalmente desde o período do Estado de Polícia.

Portanto, tendo em vista que a noção de sanção exige, principalmente por conta das sanções negativas, uma explicação sobre a coação, há que se estabelecer a relação e os limites entre coação e sanção.

### 1.3.5 Coação e sanção

De acordo com Sebastião Cruz, o direito está ligado a vários símbolos e dentre eles, um dos mais emblemáticos é a balança com dois pratos, assim como a espada.<sup>143</sup>

A deusa grega Diké, filha de Zeus e Themis, com os olhos bem abertos – o que representava a sapiência e a prudência como um equilíbrio entre a abstração e a realidade –, segurava a balança na mão esquerda e munia-se de uma espada em sua mão direita, pois, assim, mostra-se atenta aos fatos e à realidade, declarava o justo quando os pratos estavam em equilíbrio, utilizando-se, por meio da espada, da força necessária para executar o direito (*iudicare*).<sup>144</sup>

---

<sup>142</sup> "Há uma constante tentativa de superação das teorias do Direito, para adaptá-las as modificações da sociedade moderna. Uma dessas modificações foi o que levou Bobbio a pensar em um outro modo de pensar o Direito, através das sanções positivas e da função promocional do Direito. Esse conceito de sanção positiva não era largamente utilizado, apesar de existir em jusfilósofos antes de Bobbio. O Direito que era visto como primordialmente coercitivo ganha também um papel de promover comportamentos.

Esse crescimento das sanções positivas decorre, segundo Bobbio, de uma nova posição do Estado, que aprova leis que incentivam alguns tipos de conduta. Muda-se a forma de controle social, que ocorre antes da realização da conduta. A hierarquia das fontes do Direito, estruturada a partir de um escalonamento, passa a ter menos relevância e isso dá força a fontes que eram antes consideradas menores, como os contratos. O poder econômico ganha relevância e começa a ser utilizado nas normas, incentivando comportamentos. O sujeito da norma passa a atuar diretamente e inverte-se a relação dever/Direito nas normas com sanção positiva. A validade da norma que era o critério utilizado pelo positivismo jurídico, perde cada vez mais força para o critério da eficácia, que não é um critério facilmente verificável pela lógica, mas que contempla uma maior complexidade." (SALGADO, Gisele Mascarelli. **Sanção na teoria do direito de Norberto Bobbio**. 2008. Tese (Doutorado em Filosofia) - PUC-SP, São Paulo, 2008. p.262).

<sup>143</sup> Sobre o conceito de direito e toda sua simbologia, conferir: CRUZ, Sebastião. **Jus directum (directum)**. Coimbra: Coimbra Editora, 1971.

<sup>144</sup> FERRAZ JUNIOR, 1994, p.32-33.

Já a deusa romana *Iustitia* é representada com uma venda nos olhos e atitude firme, segurando com as duas mãos a balança (com dois partos e o fiel no meio) e sem o auxílio da espada. O foco no direito romano estava em dizer o direito (*ius-dicere*), pois a atividade de execução, do *iudicare*, era menos importante, sendo realizada por um particular, geralmente, sem formação jurídica.<sup>145</sup>

Lourival Vilanova registra que o Estado-juiz possui um direito subjetivo, um poder de coação, que retira dos cidadãos seu poder autotutela, culminando em uma vedação geral à ingerência na vida privada dos indivíduos e que não sendo legítima qualquer forma de violência à esfera privada dos indivíduos, salvo quando houver a prática de uma infração e houver resistência.<sup>146</sup>

Rafael Munhoz de Mello, nesse sentido, afirma que:

Deve-se destacar que a efetiva utilização da força, através da coação exercida pelos entes estatais, é um instrumento de execução da sanção, que pode ser utilizado ou não, conforme a necessidade. Para que os meios coercitivos sejam colocados em prática é indispensável que a pessoa à qual se impõe a sanção resista à sua aplicação, como é óbvio. *Sanção* e *coação*, portanto, não são sinônimos. O uso da coação é potencial: não sendo a sanção cumprida de modo espontâneo, utiliza-se a coação como meio de executá-la. Tanto não são sinônimos que a coação estatal pode ser utilizada em hipóteses diversas da aplicação da sanção [...].<sup>147</sup>

Portanto, é essa força ligada à execução é o que chamamos de coação, a qual é um instrumento de que dispõe o poder público para fazer valer as decisões dos entes estatais, sendo indispensável, para a sua utilização, que a pessoa sancionada resista à imposição dessa sanção.

---

<sup>145</sup> FERRAZ JUNIOR, 1994, p.32-33.

<sup>146</sup> VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 4.ed. São Paulo: RT, 2000. p.195.

<sup>147</sup> MELLO, R. M., 2008, p.40-41.

## 2 O ESTADO E O CONTROLE SOCIAL INSTITUCIONALIZADO

### 2.1 A DINÂMICA ENTRE ESTADO, PODER E FORÇA

De acordo com Marcello Caetano, a palavra "Estado" pode significar: (1) coletividade que possui originariamente o poder político em um determinado território; (2) coletividade que detenha o poder político soberano em um dado território; (3) sistema de órgãos de uma coletividade que exerce o poder político no território por ela assenhoreado e (4) pessoa coletiva, que tem por órgão o governo para fins de relações jurídicas de direito interno.<sup>148</sup>

Juarez Cirino dos Santos afirma que a criminologia radical<sup>149</sup> trabalha com o conceito de Estado como "*organização política do poder das classes econômicas*", sendo ele uma das bases do trabalho científico dessa criminologia, sendo visto como controlador das relações sociais "nos limites do modo de produção dominante na formação social".<sup>150</sup>

Como ressalta Celso Ribeiro Bastos, Estado, força, ordem jurídica, direito e poder<sup>151</sup> estão intimamente relacionados e esses vínculos tornam-se ainda mais evidentes quando se observa a diferença entre força física e poder:

---

<sup>148</sup> CAETANO, Marcello. **Manual de ciência política e direito constitucional**. 4.ed. Lisboa: Coimbra Editora, 1963. p.115.

<sup>149</sup> "A Criminologia Radical tem por objeto geral as relações sociais de produção (estrutura de classes) e de reprodução político-jurídica (superestruturas de controle) da formação social, que produzem e reproduzem seu objeto específico de conhecimento específico: o crime e o controle social." (SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical**. 3.ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008a. p.125).

<sup>150</sup> *Ibid.*, p.127.

<sup>151</sup> Adota-se aqui a noção de poder de Marcello Caetano: "**5. O Poder.** - Chama-se 'poder' a possibilidade de eficazmente impor aos outros o respeito da própria conduta ou de traçar a conduta alheia. Desde que a um grupo social é reconhecida autoridade para estabelecer normas reguladoras da conduta dos seus membros, que sejam obrigatórias sob pena de o desobediente ser compelido a acatá-las ou a sofrer determinado castigo, esse grupo possui poder sobre os seus membros. O 'poder social' é exercido por toda a coletividade, ou apenas por algum ou alguns dos membros aos quais seja reconhecida qualidade para actuar em nome de todos. O exercício do poder consiste, portanto, em definir normas de conduta dos indivíduos nas suas relações entre si ou com a colectividade e em fazer observar essas normas aplicando determinadas sanções previstas para os desobedientes." (CAETANO, *op. cit.*, p.4).

Toda vez que um homem ou um grupo de homens, uma classe ou mesmo a totalidade do povo assumem o controle do Estado é sinal de que eles se encontram em condições de sufocar qualquer movimento rebelde às suas ordens.

[...] quem quer que assuma o poder do Estado automaticamente o converte em direito. As ordens expendidas deixam de ser cumpridas tão somente porque vêm acompanhadas da sanção coercitiva e passam a ganhar eficácia, na verdade, porque vêm seguidas da noção de que existe um dever de obediência. A esse fenômeno dá-se o nome de institucionalização da força. É só por ele que se entende o funcionamento do Estado em que de um incomensurável número de atos imperativos só alguns necessitam, para sua efetivação, do real exercício da força. É óbvio que se o Estado tivesse de garantir com o seu aparato policial militar todas as circunstâncias em que sua autoridade pudesse ser posta em causa [não seriam] suficientes todos os efetivos armados de que dispõe (?). Na verdade, este recurso à violência<sup>152</sup> é feito em raríssimas ocasiões se levarmos em conta a atuação ampla e abrangente do Estado moderno.

O de que desfruta o Estado, portanto, não é do mero monopólio da força física, mas sim da faculdade de expedir comandos genéricos voltados a muitos destinatários, ordens estas denominadas leis. É por este recurso, portanto, pela utilização do direito, enfim, que o Estado se viabiliza. Noutro dizer, ainda, o Estado é manifestação de um poder institucionalizado.<sup>153</sup>

Max Weber reforça essa idéia ao tratar da dominação legal<sup>154</sup> puramente burocrática ou burocrático-monocrática que é por ele considerada, formal e experimentalmente, a espécie de dominação mais racional e que constitui "*a célula germinativa do moderno Estado ocidental*". Afirmou esse autor que no sistema burocrático<sup>155</sup>, seja este adotado antes ou depois de uma revolução, para conhecer

---

<sup>152</sup> Sobre direito e violência, conferir Walter Benjamin (**Crítica da violência**. Disponível em: <[http://www.nplyriana.adv.br/artigos1/critica\\_violencia.pdf](http://www.nplyriana.adv.br/artigos1/critica_violencia.pdf)>. Acesso em: 17 out. 2009) e a dissertação de Bruno Meneses Lorenzetto (**O silêncio das sereias: tempo, direito e violência na modernidade**. 2010. Dissertação (Mestrado) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010).

<sup>153</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de teoria do estado e ciência política**. 6.ed. São Paulo: Celso Bastos, 2004. p.99-100.

<sup>154</sup> Segue, para melhor esclarecer, uma síntese das principais ideias sob as quais se assenta a dominação legal com quadro administrativo burocrático: (1) Todo direito pode ser estatuído racionalmente com o intuito de ser respeitado pelos membros de um grupo bem como por aqueles que realizem, no âmbito deste grupo, ações sociais tidas como relevantes; (2) Que todo direito é um conjunto de regras abstratas instituídas com determinadas intenções e aplicadas pela magistratura aos casos concretos, sendo que a administração é o cuidado racional de interesses do grupo, dentro dos limites das normas e de acordo com os princípios estabelecidos, aceitos ou não reprovados pelos membros do grupo; (3) O "superior" enquanto ordena, obedece a uma ordem impessoal pela qual orienta suas decisões e quem "obedece" só o faz porque é "membro" de um grupo.

<sup>155</sup> Ver sobre modelos de gestão do estado e burocracia weberiana: SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Administração pública: apontamentos sobre os modelos de gestão e tendências atuais. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). **Cenários do direito administrativo: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p.21 -56.

quem está exercendo a dominação, basta descobrir quem domina o aparelho burocrático e, destarte, também detém o poder político.<sup>156</sup>

Para Marcello Caetano, poder político pode ser definido como: "[...] a faculdade exercida por um povo de, por autoridade própria<sup>157</sup> (não recebida de outro poder) instituir órgãos que exerçam o senhorio de um território e nele criem e imponham normas jurídicas, dispondo dos necessários meios de coacção."<sup>158</sup>

Destaque-se que poder político não se confunde com poder disciplinar, nem com soberania, como anota o constitucionalista português:

[...] o poder político distingue-se dos simples poderes disciplinares porque estes são particularistas e cessam logo que o indivíduo se separe ou seja expulso do grupo social restrito a que respeitam; enquanto que o poder político é um poder de imposição e de domínio a que os indivíduos não podem subtrair-se por ser necessário e irresistível, ao menos dentro do território do Estado a que respeita.

[...] A soberania significa, portanto, um *poder político supremo e independente*, entendendo-se por poder supremo aquele que não está limitado por nenhum outro na ordem interna e por poder independente aquele que a sociedade internacional não tem de acatar regras que não sejam voluntariamente aceites e está em pé de igualdade com os poderes supremos dos outros povos.<sup>159</sup>

Assim, fica claro que é sob o manto estatal que se desenvolvem institutos ligados ao controle social formal e à dinâmica do poder, em especial, o poder de polícia e o chamado *ius* (ou *jus*) *puniendi*.

Isso demanda uma análise das raízes históricas de tais institutos para que possam ser melhor compreendidos – e, por que não, repreendidos – naquilo que diz respeito às suas respectivas atuações na sociedade pós-industrial por meio do Direito Administrativo Sancionador e do Direito Penal, devendo-se, para isso, investigá-los a partir do momento histórico do Estado de Polícia.

---

<sup>156</sup> WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 3.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994. p.146.

<sup>157</sup> Adverte o autor que a autoridade constituinte aqui referida é originária, própria, enquanto a autoridade administrativa conferida pelo Estado a seus órgãos e entes por meio da Constituição ou das leis é delegada.

<sup>158</sup> CAETANO, 1963, p.108.

<sup>159</sup> *Id.*



## 2.2 DO ESTADO DE POLÍCIA AO ESTADO DE DIREITO

Como já demarcado no primeiro capítulo, deve-se atentar para o caráter histórico do conhecimento, inclusive no âmbito do direito.

A partir disso, pode-se afirmar que as intermináveis crises do Direito, um fenômeno suscitado pelos doutrinadores há muitos anos é, na verdade, um reflexo da simples constatação de que a Ciência Jurídica é "viva", dinâmica, mutável, ou seja, é algo que está em constante transformação e reformulação, assim como a sociedade.

Deve-se voltar os olhos para a importância da História e, no nosso âmbito de estudo, para a História do Direito, porém, tomando o cuidado, consoante adverte António Manuel Hespanha<sup>160</sup>, de não estudar apenas a abordagem histórica do direito e dos formalismos históricos, pois isso levaria a uma história vista apenas de cima, ou seja, sob o prisma exclusivo das instituições, o que leva a "uma história sem rostos".

A História do Direito deve ser contada e interpretada por meio de suas fontes primárias e a partir do casuísmo, pois, assim, podem ser extraídas as características dominantes em certo período, porém, sem se olvidar da diversidade e dos detalhes que se perdem no caminho para a generalização e extração do comportamento dominante em determinado contexto.

Porém, como isso não poderá, por ora, ser objeto deste item, pois sequer há na doutrina brasileira, como muito bem pontuado por Daniel Ferreira em sua recente obra intitulada "Teoria Geral da Infração Administrativa a partir da Constituição Federal de 1988", uma abordagem dos formalismos históricos das infrações administrativas.<sup>161</sup>

Portanto, pretende-se, nos itens subsequentes, traçar algumas das características históricas das infrações administrativas, bem como constatar a relação e conexão dessa espécie de ilícito com institutos e figuras já presentes na época do "Antigo Regime", lembrando, ainda, que a Ciência do Direito, diferentemente das demais

---

<sup>160</sup> HESPANHA, António Manuel. Governo, elites e competência social: sugestões para um entendimento renovado da história das elites. In: BICALHO, Maria Fernanda (Org.). **Modos de governar**: idéias e práticas políticas no Império Português (séculos XVI a XIX). São Paulo: Alameda, 2005. p.39-44.

<sup>161</sup> FERREIRA, 2009, p.24.

ciências, não apresenta uma história separada do seu objeto, eis que a Ciência Jurídica, ao mesmo tempo analisa e conforma o fenômeno por ela estudado.<sup>162</sup>

### 2.2.1 Breve visão dos primórdios do Direito Administrativo e do Poder de Polícia

Nesse tópico será brevemente analisada a relação entre as concepções históricas de Estado e o Poder de Polícia no período compreendido entre o Feudalismo e o Iluminismo, levando em consideração a genealogia do Direito Administrativo, bem como os significados da palavra polícia e da locução poder de polícia.

Os Estados cujo exame importa ao estudo do Poder de Polícia, seguindo a classificação de Celso Ribeiro Bastos<sup>163</sup> proposta em relação ao momento histórico em que ocorreram, são: Estamental, de Polícia e de Direito.

No início do século XVI o Estado Estamental<sup>164</sup> aparece como uma organização política de transição caracterizada pela dualidade política rei-estamentos. Na tentativa de centralização do poder, o rei detém o poder central e a legitimidade, porém, há participação marcante e necessária dos estamentos (parlamentos e Cortes) na organização social, sendo que essa duplicidade no exercício do poder manifesta, segundo Jorge Miranda, o enlace entre Estado e sociedade.<sup>165</sup>

---

<sup>162</sup> FERRAZ JUNIOR, 1994, p.39.

<sup>163</sup> BASTOS, 2004, p.157.

<sup>164</sup> Max Weber nota que a dominação estamental é aquela em que determinados poderes de mando e as respectivas oportunidades econômicas foram apropriados pelo quadro administrativo, seja por uma parte desse quadro ou por um indivíduo e que, aí, a apropriação tem caráter vitalício, de hereditariedade ou de propriedade livre. Destarte, de acordo com o autor, a dominação estamental significa: a) sempre: limitação da livre seleção do quadro administrativo pelo senhor, em virtude da apropriação dos cargos ou poderes de mando, por parte de uma associação, por parte de uma camada social estamentalmente qualificada ou b) freqüentemente: a apropriação dos cargos e, portanto, eventualmente, oportunidades aquisitivas proporcionadas pela detenção destes; dos meios materiais de administração e dos poderes de mando por parte de cada membro individual do quadro. O servidor estamental pode ser sustentado alimentando-se na mesa do senhor, por emolumentos, por terras funcionais, oportunidades apropriadas de rendas, taxas ou impostos e por feudos. (WEBER, 1994.)

<sup>165</sup> BASTOS, *op. cit.*, p.158.

Entre o século XVII e meados do século XIX tem-se o Estado do Polícia<sup>166</sup>, encontra seu ápice na segunda metade do século XVIII com o despotismo esclarecido<sup>167</sup> e que a partir dos critérios de (1) fundamento do poder do monarca e (2) concepção de soberania, pode ser dividido em duas fases, a seguir expostas.

Na primeira etapa, o monarca foi considerado o supremo defensor do avanço da civilização e um representante de Deus na Terra, portanto, dotado de um poder divino e, como tal, responsável apenas perante Deus, eis que governava exclusivamente por Sua graça, sendo uma das obras características desse período, de acordo com Paulo BOonavides, o Leviatã de Thomas Hobbes<sup>168</sup>.<sup>169</sup>

Na segunda fase, resultado da constante tensão<sup>170</sup> entre o clero e os monarcas, procurou-se secularizar<sup>171</sup> o absolutismo mediante a adoção de um fundamento

<sup>166</sup> Quanto à nomenclatura, Jorge Miranda adverte que o Estado Absoluto parte da idéia de que há uma máxima concentração de poder nas mãos do monarca – sozinho ou com seus ministros – e em que a vontade do rei é lei, mas desde que expressa em conformidade com as regras jurídicas, as quais são exíguas, vagas e, em regra, não escritas, sendo preferível falar-se em Estado de Polícia para ficar evidente que a vontade do rei encontra uma pequena limitação ao exercício de seu poder (MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 7.ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p.79).

<sup>167</sup> BASTOS, 2004, p.158-160

<sup>168</sup> Conferir sobre Thomas Hobbes: CONDREN, Conal. **Thomas Hobbes**: Twayne's English authors series, TEAS 559. New York: Twayne Publishers, 2000; JESSOP, T. E. **Thomas Hobbes**: Bibliographical series of supplements to British Book News on writers and their work, n. 130. [London]: Published for the British Council by Longmans, Green, 1960; DIETZ, Mary G. **Thomas Hobbes and Political Theory**. Lawrence, Kan: University Press of Kansas, 1990; MARTINICH, Aloysius. **Thomas Hobbes**: British history in perspective. New York: St. Martin's Press, 1997; BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes and the Natural Law Tradition**. Chicago: University of Chicago Press, 1993; MARTINICH, Aloysius. **The Two Gods of Leviathan**: Thomas Hobbes on Religion and Politics. Cambridge: Cambridge University Press, 1992; GAUTHIER, David P. **The Logic of Leviathan**: The Moral and Political Theory of Thomas Hobbes. Oxford: Clarendon P., 1969; KRAYNAK, Robert P. **History and Modernity in the Thought of Thomas Hobbes**. Ithaca, N.Y.: Cornell University Press, 1990. Em português: BITTAR, Eduardo C. B.; SOARES, Fabiana de Menezes. **Temas de filosofia do direito**: velhas questões, novos cenários. Barueri: Manole, 2004. Para ir um pouco além: MARTEL, James R. **Subverting the Leviathan**: Reading Thomas Hobbes As a Radical Democrat. New York: Columbia University Press, 2007.

<sup>169</sup> BASTOS, 2004, p.158-160 e BONAVIDES, Paulo. **Teoria do estado**. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. p.31-35.

<sup>170</sup> Sobre tal tensão, esclarece Paulo Bonavides: "Já na segunda fase a teoria do Absolutismo se desata dos laços teológicos e metafísicos que eram, não raro, um freio ao monarca, por dever este respeito e fidelidade às hierarquias eclesiásticas, com as quais o soberano de direito divino havia selado aliança, nem sempre isenta de disputas e rivalidades de supremacia em determinadas matérias em que, por circunstâncias históricas, o poder temporal colidia eventualmente com o poder da Igreja, cuja ascendência no reino espiritual era, por sem dúvida, incontestável." (*Ibid.*, p.32).

<sup>171</sup> BASTOS, 2004, p.158-160 e BONAVIDES, 2004, p.31-35.

racional para o exercício do poder pelo governante, isto é, o Estado passou a ser notado como uma organização voltada para a realização do interesse público, cabendo ao monarca, o primeiro funcionário desta estrutura, a faculdade e a liberdade de escolher os meios necessários para o alcance dessa finalidade, residindo, neste mote, a idéia central do poder de polícia, como acentua Celso Ribeiro Bastos<sup>172</sup>:

A idéia de polícia é responsável por fazer residir no príncipe o sujeito legitimado a promover o desenvolvimento material, o avanço intelectual e artístico. Era a própria civilização que, por suas mãos, caminharia mais celeremente. A única criação dessa época que coíbe muito parcialmente o poder do príncipe é o instituto do fisco. Por esta entidade jurídica deixava-se de lado o Estado e o príncipe como responsáveis pelo patrimônio que era trasladado para a titularidade do aludido fisco. Por este estratagema muitas relações até então travadas com a Administração passaram a ser regidas pelo direito civil e a serem julgadas por Tribunais independentes. Portanto, ao menos no que diz respeito às relações patrimoniais, chegou-se a um equilíbrio praticamente perfeito, não extensível ao resto da atuação estatal, que continuava a atuar ilimitada e irresponsavelmente.<sup>173</sup>

Uma das teorias que dá sustentáculo a esse fundamento racional de secularização é a filosofia do absolutismo iluminista de Christian Freiherr von Wolff. O autor, também conhecido por Wolfius, desenvolve suas ideias a partir da teoria de Gottfried Wilhelm Von Leibnitz<sup>174</sup> para criar um Estado promotor da felicidade e do

---

<sup>172</sup> BASTOS, 2004, p.158-160 e BONAVIDES, 2004, p.31-35.

<sup>173</sup> BASTOS, *op. cit.*, p.160.

<sup>174</sup> De acordo com José Maria Arruda, Wolff deturpa de tal modo as ideias de Leibnitz que alguns argutos estudiosos, como Kant e Hegel, sequer diferenciam o pensamento de um e de outro autor, consoante anota: "Uma segunda razão para a interpretação confusa e errônea do pensamento de Leibniz ao longo do século XVIII reside no fato de que sua filosofia foi associada indissolavelmente com a filosofia de C. Wolff, com quem Leibniz se correspondeu de 1704 até 1716, ano de sua morte. Através da filosofia de Wolff, o pensamento de Leibniz encontra uma intensa divulgação no meio filosófico, por outro lado, suas idéias aparecem aí de modo tão distorcido que quase não se torna mais possível reconhecê-las. Podemos com todo rigor falar em uma wofffianização das teses de Leibniz, que teve um efeito ambíguo: ao mesmo tempo em que ajudou a preservar o nome de Leibniz no cenário filosófico, essa wofffianização impediu o acesso à própria obra de Leibniz." E um pouco adiante: "A alcunha de Metaphysica Leibnitio-Wolffiana, que denuncia essa mistura e desfiguração, surgiu provavelmente no ano de 1725 e se impôs tanto entre os adversários quanto entre os entusiastas da filosofia de C. Wolff, tendo se consolidado ao longo dos anos tão fortemente na cena filosófica alemã, que mesmo um estudioso arguto como Kant, em sua crítica à filosofia alemã, não fazia nenhuma distinção entre o pensamento de Leibniz e o sistema de Wolff. Na mesma direção, Hegel chegou a afirmar que a filosofia de Wolff constituía uma sistematização da filosofia de Leibniz, e por isso era correta a alcunha de filosofia leibniz-wofffiana. Para Hegel, não existe nenhuma diferença de conteúdo, mas somente de forma entre as filosofias de Leibniz e Wolff. Ele afirma em suas lições da história da filosofia: 'A filosofia de Wolff é, em seu conteúdo geral, apenas filosofia de Leibniz em sua forma sistemática'. Esta interpretação do trabalho de

bem-estar social, valendo-se, nas palavras de Paulo Bonavides, da "[...] 'salus publica' como pretexto para reforço dos laços de autoridade e consolidação do poder", colocando-se o Estado acima do direito e cerceando as liberdades civis, pois, de acordo com esse teórico, o próprio Estado está em melhores condições de compreender as necessidades individuais dos governados e assume uma posição protecionista de direitos e interesses individuais, exprimindo a vontade dos indivíduos em nome deles.<sup>175</sup>

Na obra intitulada enciclopédia de ciências sociais, Koppel S. Pinson descreve Wolff como filósofo mais emblemático do iluminismo alemão. Observa que ele construiu um sistema filosófico, social e político lógico, de precisão matemática, marcado por um otimismo e eudemonismo<sup>176</sup> utilitarista<sup>177</sup> baseado em uma crença nos princípios da razão, da lei e da religião naturais e que, diferente de Hobbes, concebeu um estado de completa liberdade individual regulada por princípios de direito natural, a partir de um contrato racional, cujo propósito é assegurar aos cidadãos o maior bem-estar e segurança.<sup>178</sup>

Enquanto a *Glückseligkeit* – felicidade do povo – era a preocupação central de Wolff, o cameralista<sup>179</sup> Johann Heinrich Gottlob von Justi<sup>180</sup> – sectário do pensamento

---

Wolff, como aquele que conseguiu dar uma ordem sistemática e coerente às idéias fundamentais de Leibniz, encontrou um assentimento geral por todo o século XVIII. O que é estranho é que os estudiosos não se deram o mínimo trabalho de confirmar essa coincidência de conteúdos entre as duas filosofias checando os próprios escritos de Leibniz publicados até então. Não se lia Leibniz, mas sim Wolff." (ARRUDA, José Maria. Leibniz e o idealismo alemão. **Cadernos UFS - Filosofia**, v.10, p.21, 2008).

<sup>175</sup> BONAVIDES, 2004, p.130.

<sup>176</sup> **"Eudemonismo:** Teoria moral fundada na idéia da felicidade concebida como bem supremo." (Dicionário online: <http://www.priberam.pt/DLPO/default.aspx?pal=eudemonismo>).

<sup>177</sup> **"Utilitarismo:** Sistema de moral que coloca no interesse particular ou geral a regra das nossas acções." (Dicionário online: <http://www.priberam.pt/DLPO/default.aspx?pal=utilitarismo>).

<sup>178</sup> PINSON, Koppel S. New York: McMillan, 1935, v.15, p.435 *apud* BACKHAUS, Jürgen G. **The Beginnings of Political Economy**. Nova Iorque: Springer, 2009.

<sup>179</sup> "A Ciência Cameral – *Kameralwissenschaft* ou *Cameral-Wissenschaft* – preocupa-se com os meios necessários para o aumento dos recursos, ou seja, visa conferir uma melhoria geral na receita estatal, para que possam ser utilizados na manutenção dos bens públicos de tal forma que todos os anos estejam presentes recursos excedentes.", o que é tradução livre de: "The 'Cameral-Wissenschaft' concerns itself with the means of raising revenues for the 'Lands-Fürst, their general improvement and utilization in the maintenance of the commonweal [*gemeinen Wesens*] so that every year a surplus remains." (DITHMAR, Justus Christoph. *Einleitung in die Oeconomische Policey Und Cameralwissenschaften*. Frankfurt, 1745, p.225 *apud* TRIBE, Keith. Cameralism and the Science of Government. **The Journal of Modern History**, Chicago, v.56, n.2, p.263-284, jun. 1984).

de Wolff – acrescenta o critério da utilidade de uma medida, sendo ambos os conceitos, de acordo com Jürgen G. Backhaus, importantes para a ciência do Estado.<sup>181</sup>

A partir dos princípios de Wolff, Justi desvenda uma ciência econômica em que o Estado é o protagonista, porém, não é o único ator. Trata-se do início daquilo que hoje conhecemos por ciência da administração pública – chamada de *Policeywissenschaft* (ciência do policiamento) e que era fundada em três pilares: (1) o Mercado e a intervenção/atuação Estatal na economia; (2) o próprio Estado e (3) a tecnologia disponível tanto para o Estado quando para o Mercado.<sup>182</sup>

Note-se que no Antigo Regime encontram-se os rudimentos de importantes áreas do conhecimento ligadas à atividade estatal, como o Direito Administrativo e a ciência da administração pública.<sup>183</sup>

Ainda, é importante destacar que no Estado de Polícia, diferente do Estado de Direito, o cidadão é considerado mero súdito, servo, vassalo<sup>184</sup>, portanto, objeto do poder estatal e não um sujeito de direitos perante o príncipe.<sup>185</sup>

Com o advento da Revolução Francesa, a assunção do poder pela burguesia e a instituição do Estado de Direito, inaugurou-se uma nova fase em resposta à interferência estatal na esfera privada dos – agora – cidadãos. O poder do monarca

<sup>180</sup> Justi nasceu em 1702 na Prússia e estudou Direito e Ciências Camerais, porém teve que deixar os estudos para servir ao exército prussiano. Embora capturado pelos austríacos durante a Guerra de Sucessão Austríaca, conseguiu escapar para Leipzig, onde estudou mineralogia. Em 1750 foi apontado pela rainha e imperadora Maria Theresa para lecionar Ciências Camerais e Retórica na recém-criada Academia Teresina de Cavaleiros, em Vienna. Em 1762 Frederico II da Prússia nomeou-o para o mais alto cargo de supervisão de minas e supervisão geral das atividades fisco-minerais, sendo acusado em 1768 de desfalque e antes de provar sua inocência – o culpado pelo crime foi seu assistente, responsável pela escrituração – faleceu em 1771.

<sup>181</sup> BACKHAUS, Jürgen G. From Wolff to Justi. In: \_\_\_\_\_. **The Beginnings of Political Economy**. Nova Iorque: Springer, 2009. p.1-18.

<sup>182</sup> Introduction. In: \_\_\_\_\_. **The Beginnings of Political Economy**. Nova Iorque: Springer, 2009.

<sup>183</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19.ed. São Paulo: Atlas, 2006. p.23 e GORDILLO, Augustín. Pasado, presente y futuro del Derecho Administrativo. In: \_\_\_\_\_. **Tratado de Derecho Administrativo**. Tomo 1. p.01. Disponível em: <<http://www.gordillo.com/Pdf/1-8/1-8II.pdf>>. Acesso em: 01 fev. 2009.

<sup>184</sup> DI PIETRO, *op. cit.*, p.23.

<sup>185</sup> GORDILLO, *op. cit.*, p.01.

passou a ser submetido à lei, descobrindo-se um novo ramo do Direito, ainda não – ou pouco – legislado até então: o Direito Administrativo.<sup>186</sup>

Pouco legislado porque, como observa Maria Sylvia Zanella Di Pietro, não significa que até o surgimento do Direito Administrativo como disciplina autônoma não existissem normas administrativas, eis que, onde há Estado, existem órgãos que exercem funções administrativas e, destarte, normas administrativas. Ocorre que estas estavam atreladas ao *jus civile*, o chamado Direito Comum que regulava as relações de direito privado,<sup>187</sup> sendo no mesmo sentido o ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello:

[...] as normas do Direito até então existentes disciplinavam as relações entre particulares, inadaptadas, pois, para reger vínculos de outra índole, ou seja: os intercorrentes entre o Poder Público e os administrados, já agora submissos todos a uma ordem jurídica. Tais vínculos, consoante se entendia, demandavam uma disciplina específica, animada por outros princípios, que teriam que se introduzir em normas que viriam a ser qualificadas como 'exorbitantes' – porque exorbitavam dos quadros do Direito até então conhecido, o 'Direito Comum'.<sup>188</sup>

Como fruto do Estado de Direito e da Revolução Francesa, estruturado sobre o princípio da legalidade e da separação dos poderes, a relação do Direito Administrativo com o direito privado nos países europeus é mais próxima ou distante, consoante a necessidade de ruptura com o sistema anterior:<sup>189</sup>

Não se afigura verdadeira a tese de que o Direito Administrativo só existia nos sistemas europeus formados com base nos princípios revolucionários do século XVIII. O que é verdadeiro é o fato de que nem todos os países tiveram a mesma história nem estruturaram pela mesma forma o seu poder; em consequência o Direito Administrativo teve origem diversa e desenvolvimento menor em alguns sistemas, como o anglo-americano. Mesmo dentro dos 'direitos' filiados ao referido sistema europeu existem diferenças que valem a pena assinalar, uma vez que, quanto menos desenvolvido o Direito Administrativo, maior é a aplicação do direito privado nas relações de que participa o Estado.<sup>190</sup>

---

<sup>186</sup> DI PIETRO, 2006, p.126 e MELLO, Celso Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p.39.

<sup>187</sup> DI PIETRO, *op. cit.*, p.23.

<sup>188</sup> MELLO, C. B., *op. cit.*, p.39.

<sup>189</sup> DI PIETRO, *op. cit.*, p.24.

<sup>190</sup> *Ibid.*, p.25.

Assim sendo, na França, como havia uma grande necessidade de ruptura com o Antigo Regime, foi criado o Conselho de Estado<sup>191</sup> que passou a desempenhar, a partir de sua criação em 1799, um papel primordial na construção dos princípios e concepções que forjaram o Direito Administrativo. Até hoje, tem fundamental papel no Direito Administrativo francês<sup>192</sup>, sendo considerado "[...] o órgão responsável pela formulação das bases teóricas do Direito Administrativo, as quais se espraíram pelos países continentais europeus e, por via destes, aos por eles culturalmente influenciados."<sup>193</sup>

Também foi na França que a *puissance publique* surgiu como critério aglutinador a partir do qual se reconhecia uma situação regida pelo Direito Administrativo, separando a competência do Conselho de Estado e da Justiça comum.

Nessa esteira, Celso Antônio Bandeira de Mello, ao comentar as bases ideológicas do Direito Administrativo concebendo-o como "um conjunto de deveres da Administração em face dos administrados"<sup>194</sup>, esclarece a noção de *puissance publique*:

[...] os que se ocuparam do Direito Administrativo na França, país onde nasceu esse ramo do Direito, buscavam encontrar um 'critério', ou seja, uma idéia básica, central, a partir da qual fosse possível reconhecer quando se deveria considerar presente uma situação a ser regida pelo Direito Administrativo, isto é, situação que despertasse a aplicação dos princípios e regras pertinentes a este nascente ramo do Direito, e, pois, que em situações conflituosas fosse da alçada do Conselho de Estado, e não da Justiça comum. Pois, bem, a idéia base inicialmente considerada como fator de desencadeamento do Direito Administrativo e pólo aglutinador de seus vários institutos foi a idéia de *puissance publique*, isto é, da existência de poderes de autoridade detidos pelo Estado e exercitáveis em relação aos administrados. Compreende-se, então, à vista das razões enunciadas, que houvesse irrompido a impressão de que o Direito Administrativo seria um direito armado ao propósito de investir

---

<sup>191</sup> A concepção de tripartição dos poderes francesa, aliada à prevenção dos revolucionários iluministas quanto ao Poder Judiciário – considerado conservador e invasor de competências administrativas, fazendo, muitas vezes, o papel de administrador – culminou na interpretação de que o controle dos atos do Poder Executivo pelo Poder Judiciário configuraria uma grave ofensa a esse princípio. Assim sendo, para solucionar esse problema, instituiu-se à época – e mantém-se, até hoje – o Conselho de Estado francês. Trata-se de um órgão do Poder Executivo competente para decidir sobre os conflitos existentes nas relações travadas entre Administração e administrados e que se constitui em uma verdadeira jurisdição administrativa. Em que pese sua natureza jurisdicional, o Conselho de Estado não possui vinculação com o Poder Judiciário.

<sup>192</sup> MELLO, C. B., 2007, p.39.

<sup>193</sup> *Ibid.*, p.42.

<sup>194</sup> *Id.*



o Estado, os detentores do Poder, na posse de um instrumental jurídico suficientemente poderoso para subjugar os administrados.<sup>195</sup>

Léon Duguit desenvolveu tempos depois outro critério, rechaçando a abordagem de que é o "poder" o "núcleo aglutinante" deste ramo jurídico, bem como a perspectiva autoritária, para delimitar o âmbito do Direito Administrativo: o conceito de serviço público, como sendo "[...] toda atividade cujo cumprimento é assegurado, regulado e controlado pelos governantes, por ser indispensável à realização da interdependência social, e de tal natureza que não pode ser assumida senão pela intervenção da força governante".<sup>196</sup>

Entretanto, em que pese a contribuição do jurista francês, ainda permanecem na doutrina jurídica as explicações sobre os institutos de Direito Administrativo a partir da ótica do poder, dentre os quais um dos mais emblemáticos e de maior relevância para o estudo aqui proposto é o poder de polícia.

O vocábulo **polícia** advém do grego politeia e era originalmente utilizado para "[...] designar todas as atividades da cidade-estado<sup>197</sup> (polis), sem qualquer relação com o sentido atual da expressão"<sup>198,199</sup>, sendo que sua significação foi alterada ao longo da história: "A noção e a palavra 'polícia' submetem-se a uma evolução rica em mudanças. A palavra grega πολιτεία [*politéia*] significa Constituição da cidade, Constituição do Estado, e, após uma sucessão de significados, administração do Estado, governo."<sup>200</sup>

No século XIV aparece na língua francesa "*la police*" – a polícia – que designava em sentido lato os fins e a atividade estatal e em um sentido estrito referia-se à boa ordem, ao feito de um estado bem ajustado.<sup>201</sup>

---

<sup>195</sup> *Ibid.*, p.44.

<sup>196</sup> DUGUIT, Leon. *Traité de Droit Constitutionnel*. 2.ed. Fontemoing, 1923. v.. p.55 *apud* MELLO, Celso Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p.45.

<sup>197</sup> O termo cidade-estado remete à organização política da Grécia na Antiguidade – século XVII a.C. até o século V d.C.

<sup>198</sup> O sentido atual da expressão pode ser encontrado no capítulo do presente trabalho.

<sup>199</sup> DI PIETRO, 2006, p.126.

<sup>200</sup> FLEINER, Fritz. **Les principes généraux du Droit Administratif allemand**. Tradução de Ch. Eisenmann. Paris: Librairie Delagrave, 1933. p.235.

<sup>201</sup> *Id.*

Fritz Fleiner destaca que no fim do século XV a Alemanha empresta a noção francesa de polícia e a ela acrescenta, sob a designação de *jus politiae*, o sistema de direitos soberanos dos príncipes:

Quando, no século XVI, a teoria do *jus reformandi* fornece a justificação para a intervenção dos príncipes nos assuntos eclesiásticos, o *jus politiae* confere a fórmula legal com a qual se afere o círculo de extensão das atividades estatais que foram fundadas sob domínio secular. Se o Estado medieval limitou-se à manutenção da paz jurídica, o *jus politiae* forneceu ao Estado dos séculos XVI e XVII o direito de zelar, com o auxílio da coação<sup>202</sup> estatal, pelo "bem-estar comum". O *jus politiae* fornece aos príncipes o poder de editar todas as medidas que irão realizar a felicidade terrena dos indivíduos. Ele conferiu ao Estado a possibilidade de fazer valer seu poder sobre todas as atividades individuais dos habitantes, e tornou-se fundador do poder absoluto do Estado de impor a sua autoridade. O "Estado de polícia" dá lugar ao Estado absolutista. "Polícia" e administração do Estado tornaram-se conceitos idênticos.<sup>203</sup>

O *jus politiae*, portanto, compreendia um grande grupo de normas editadas pelo príncipe, que dispunha de amplos poderes de ingerência, inclusive na vida privada, religiosa e espiritual dos indivíduos com o pretexto de alcançar o bem-estar coletivo

---

<sup>202</sup> Aqui, coação substituiu a palavra contrainte, a qual tem a seguinte definição em francês: "*Contrainte: Dans le vocabulaire quotidien, la 'contrainte' est une violence physique ou morale exercée sur une personne. Dans le droit judiciaire actuel, le mot désigne un type de titre exécutoire, pris soit, par l'Administration fiscale pour le recouvrement de certains impôts soit, par les les organismes sociaux (Caisses primaires d'assurance maladie, URSSAF, Caisses de retraite des professions libérales) pour le recouvrement des cotisations, des pénalités et des majorations pour retard dues par les assurés et par les entreprises dont les cotisations sont impayées. Lorsque les sommes sont dues à un organisme de sécurité sociale, l'affilié ou le cotisant dispose d'une action dite 'opposition à contrainte' qui est de la compétence exclusive du Tribunal des affaires de sécurité sociale. L'opposition en arrête l'exécution, mais cette exécution est reprise si le Tribunal rejette le recours. à recouvrer les prestations indues par voie de contrainte. Bibliographie Lamy, Protection sociale, Recouvrement forcé-Action civile en rcouvrement- La contrainte n.º 1322 et s. éd. Lamy.*" (<http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/contrainte.php>).

<sup>203</sup> Tradução livre de: "*Lorsque, au seizième siècle, la théorie du jus reformandi fournit la justification de l'intervention des princes dans les affaires ecclésiastiques, le jus politiae donna la formule juridique à l'aide de laquelle l'extension du cercle des tâches étatiques dans le domaine séculier fut fondée. Si l'État médiéval s'était limité au maintien de la à l'État des seizième et dix-septième siècles la paix juridique, le jus politiae fournit la justification de l'intervention des princes dans les affaires ecclésiastiques, le jus politiae donna la formule juridique à l'aide de laquelle l'extension du cercle des tâches étatiques dans le domaine séculier fut fondée. Si l'État médiéval s'était limité au maintien de la paix juridique, le jus politiae fournit à l'État des seizième et dix-septième siècles le droit de veiller également, à l'aide de la contrainte étatique, au 'bien-être commun'. Le jus politiae fournit aux princes le pouvoir d'édicter toutes les mesures qui devaient réaliser le bonheur terrestre des sujets. Il conféra ainsi à l'Etat la possibilité de faire valoir son pouvoir sur toutes les activités individuelles des habitants, et devint ainsi le fondateur de la puissance absolue de l'Etat. L' 'Etat de police' fit place à l'Etat absolutiste. 'Police' et gouvernement de l'Etat devinrent des notions identiques.*" (FLEINER, 1933, p.234-235).

e a segurança, e que estavam fora do alcance do Poder Judiciário. Entretanto, de acordo com Di Pietro, logo ocorre a cisão entre as idéias de polícia e justiça culminando em algumas restrições a esse poder, o qual passa a ser atrelado à idéia de coação:

[...] a primeira [polícia] compreendia normas baixadas pelo príncipe, relativas à Administração, e eram aplicadas sem possibilidade de apelo dos indivíduos aos Tribunais; a segunda [justiça] compreendia normas que ficavam fora da ação do príncipe e que eram aplicadas pelos juizes. Esse **direito de polícia** do príncipe foi sofrendo restrições em seu conteúdo, deixando de alcançar, paulatinamente, primeiro as atividades eclesiásticas, depois as militares e financeiras, chegando a um momento em que se reduzia a normas relativas à atividade interna da Administração. Posteriormente, ainda, passou-se a ligar a polícia à idéia de coação; nesse momento, começou-se a distinguir a atividade de polícia das demais atividades administrativas, hoje chamadas de serviço público e fomento.<sup>204</sup>

Assim, trazidas algumas balizas sobre as origens do Direito Administrativo e do "poder de polícia" – ao qual será conferido um tratamento dogmático mais extenso no próximo capítulo –, mostra-se relevante trazer também algumas características do Direito durante o antigo regime no Brasil.

Nessa época, no "ultramar", ocorria o conflito de competência suscitado em 1647 entre o Conselho Ultramarino, o qual teve como defensor mais representativo João Delgado Figueira, e outros órgãos da administração da Coroa, principalmente em relação ao Desembargo do Paço, patrocinado por Tomé Pinheiro da Veiga, como anota Pedro Cardim no início de seu texto chamado "Administração e Governo: uma reflexão sobre o vocabulário do Antigo Regime".<sup>205</sup>

Esse autor destaca que chama a atenção, em um primeiro momento, o fato de que esse conflito de competência refere-se a órgãos da administração da Coroa que se autorrepresentam como Tribunais o que, hoje, para nós, é inconcebível, uma vez que discutem suas atuações em áreas que conhecemos atualmente como "governo" e "administração", searas que considera-se, na estrutura que se conhece, incompatíveis com esse tipo de órgão e é aqui que se pode constatar uma

---

<sup>204</sup> DI PIETRO, 2006, p.126.

<sup>205</sup> CARDIM, Pedro. Administração e Governo: uma reflexão sobre o vocabulário do antigo regime. In: BICALHO, Maria Fernanda (Org.). **Modos de governar**: idéias e práticas políticas no império português (séculos XVI a XIX). São Paulo: Alameda, 2005. p.45-51.

característica desse período: não há, propriamente, uma separação estanque entre as funções estatais que hoje conhecemos.<sup>206</sup>

Ainda, governo e administração nessa época são vocábulos que possuem acepção diferente da hodierna:

Antes de mais, é importante olhar para esta querela jurisdicional como um evento ocorrido num tempo em que a 'administração' e o 'governo' eram realidades muito diferentes daquilo que é hoje designado por essas mesmas palavras. Essa diferença é desde logo notória na semântica da época. O termo 'administração', por exemplo, era sempre usado com um complemento e só raramente surge isolado. Assim, falava-se em administrar a casa, administrar um sacramento, administrar uma cidade, administrar a justiça, um dote, o reino ou um patrimônio. Quanto à palavra 'governo', é sabido que actualmente designa a actividade executiva levada a cabo por um determinado sector do Estado, actividade essa eminentemente técnica e de 'gestão'. 'Governo' denota também a presença de uma acção de comando, de uma intervenção activa e obedecendo a uma dimensão projectual, acção essa confiada a um conjunto bem individualizado de órgãos estatais.<sup>207</sup>

Nesse período o corpo social constituía-se de uma soma de grupos corporativos que, entre si, eram muito diferentes e que funcionavam sem qualquer relação com a Coroa, a qual, por sua vez, também era um "agregado de órgãos e de interesses pouco articulados entre si".<sup>208</sup>

A Coroa, como adverte o autor, era uma *universitates universitorium* e não se caracterizava como um órgão homogêneo e centralizado, até porque era constituída também por várias entidades que se originavam de suas próprias auto-organizações, ou seja, não eram criadas por um ato específico do rei, mas originavam-se em si mesmas, o que também explica, segundo Cardim, a existência de inúmeros conflitos de competência entre esses órgãos.

O poder jurisdicional, para o historiador citado, é uma *potestas* unitária por meio da qual se exerciam as funções judiciais, normativas ou administrativa.<sup>209</sup>

---

<sup>206</sup> CARDIM, 2005, p.51.

<sup>207</sup> *Ibid.*, p.51-52.

<sup>208</sup> *Ibid.*, p.53-54.

<sup>209</sup> *Ibid.*, p.54.

Nesse aspecto, cumpre trazer algumas considerações sobre a *iurisdictio*:

[...] como assinala Daniela Frigo, a palavra *iurisdictio* remetia para o exercício da autoridade vinculado, nas suas manifestações, aos conteúdos da justiça e às formas do juízo. A jurisdição era, fundamentalmente, o poder exercido no espaço 'público', qualitativo que, na época, remetia para o terreno exterior ao âmbito doméstico, pois dentro da família não imperava a lógica jurisdicional. Contudo, para além de ser um poder 'público', *iurisdictio* caracterizava-se, também, por ser o poder considerado 'legítimo', ou seja, era uma forma de coacção diferente das relações de poder 'de facto', nascidas do simples arbítrio da vontade de um 'poderoso'. Estas últimas eram as relações que se realizavam à margem do *ius*, do direito, eram as relações que não estavam de acordo com o que se considerava recto, direito e justo. Negava-se, assim, a condição jurisdicional a todo e qualquer acto do poder exercido por alguém que não estivesse investido de todos os efeitos de tal poder, e negava-se também a legitimidade aos actos do titular de jurisdição que se situassem fora das fronteiras do juridicamente admissível.<sup>210</sup>

Dentre os vários agentes administrativos, um era o almotacel ou almotacé que, pelo dicionário, é definido da seguinte maneira:

**Al.mo.ta.cé.** (Antigo) oficial municipal encarregado da fiscalização das medidas e dos pesos e da taxaço dos preços dos alimentos e de distribuir ou regular a distribuição, dos mesmos em tempos de maior escassez. 1882. ASSIS, Machado de. O alienista. In: \_\_\_\_\_. Papéis avulsos. São Paulo: Editora Martin Claret, 2007. p.42.<sup>211</sup>

No entanto, isso não é tão simples, pois, de acordo com o historiador Norton Frehse Nicolazzi Junior, no artigo chamado "Sobre os almotacés, introdução"<sup>212</sup> e que, ao que tudo indica, é a introdução de sua dissertação de mestrado:

O cargo de almotacé, ou *al muhtasib*, em árabe, foi trazido para a Península Ibérica durante o período islâmico. Responsáveis pela administração das cidades portuguesas no período da Reconquista, mantiveram as mesmas atribuições que detinham durante a ocupação muçulmana, quando eram responsáveis pela *Hisba*.

A *Hisba* mulçumana tinha como função cuidar de vários aspectos do ordenamento urbano, que podem, grosso modo, ser agrupados em três ramos da administração da cidade: o construtivo, o mercado e o sanitário.

---

<sup>210</sup> CARDIM, 2005, p.55.

<sup>211</sup> Disponível na internet: <<http://pt.wiktionary.org/wiki/almotac%C3%A9>. Acesso em: 01 ago. 2009.

<sup>212</sup> <http://pessoal.educacional.com.br/up/20021/1111376/t1325.asp>

As Ordenações Filipinas, no Livro I, título LXVIII "Dos Almotacés", a título de ilustração no que concerne às infrações administrativas, trouxe algumas previsões de comportamentos socialmente reprováveis e para os quais estava prevista a cominação de uma sanção, em geral, pecuniária:

5. E para saberem se os Carniceiros pesam bem a carne, ponha-se a balança e pesos do Concelho, em que se pese, e vejam se he bem pesada e os pesos fiéis, e o pesador até ahi sempre residente, sob pena de pagar para o Conselho quarenta réis por cada dia, que hi não estiver.
6. E o Carniceiro, ou pessoa, que gado matar, tanto que decepar a rez, a mate e esfole logo, e alimpe dos debulhos, de modo que não se stê tempo algum decepada, sem ser de todo limpa. E a pessoa, que o assi não fizer, perderá a dita rez, ou rezes, e pagará por cada huma dous mil réis, a metade do dito dinheiro e rezes para os Captivos, e a outra para quem o accusar.
7. Outrosi a rez, que houverem de matar para vender, não a corram sem necessidade no curral, nem fora delle, por que tal correr se apostema a carne, e o fazem para pesar mais, sob as ditas penas, as quaes serão demandadas dentro em quatro mezes sómente, depois que nellas incorrerem.
8. E quando não tiverem Carniceiros, Pádeiras, Regateiras, e as que vendem meudos, Mostardeiras e Almoereves, que hajão de servir ao Concelho, requeirão aos Vereadores, que lhos dêem: e assi Jurados, quando os não houver, ou na terra houver dano por falta de guarda.
9. E constringerão aos Carniceiros e Pádeiras, depois que se obrigarem ao Concelho, que sirvam até hum anno, e que se não sáiam da obrigação, até que o anno seja cumprido para o que os poderão obrigar pelas pessoas e fazendas.
10. E como entrarem, dêem peso ás Pádeiras e aos que fazem, ou vendem candeas, e depois saibam se vendem pelo peso, que lhes foi dado. (sic) e se acharem menos, pola primeira vez paguem para o Concelho cem réis: e póla segunda duzentos, e póla terceira quinhentos. E além destas penas perderão para os presos todo o pão e candeas, que lhes for achado menos peso do que lhes foi dado. E esta pena haverá o Carniceiro, se pesar mal a carne, e a Regateira, que não guardar a taxa, que lhe Fo posta, e os que mal pesarem, ou medirem. E se o carniceiro pesar per falso peso, ou a Medideira ou Medido medirem per falsa medida, sejam presos, e faça-se delles direito e justiça. E além disso os sobreditos hajam as penas, que são conteúdas no Título 18: Do Almotacé Mór.
11. Outrosi os Capateiros, Alfaiates, Ferreiros, Ferradores e todos os outros Officiaes, a que for posta taxa sobre suas obras, se não guardarem as posturas, paguem para o Concelho pola primeira vez cem réis; e pola segunda duzentos; e pola terceira quinhentos. E se mais forem achados em culpa, seja-lhes defeso, que não usem mais desse mester; e se mais usarem, sejam presos, e proceda-se contra elles, como parecer justiça.<sup>213</sup>

---

<sup>213</sup> ORDENAÇÕES FILIPINAS. Disponível em: <<http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l1p162.htm>>. Acesso em: 08 set. 2009.

Assim sendo, como pontua Magnus Roberto de Mello Pereira<sup>214</sup>, ao se examinar os livros de registros dos Termos e Audiências dos Almotacés disponíveis na Câmara Municipal de Curitiba, é possível constatar que a atuação dos almotacés concentrava-se, principalmente, no controle do mercado, que parece ser um reflexo da organização administrativa da época e que mescla aquilo que hoje conhecemos por fiscal de Defesa do Consumidor, de Pesos e Medidas, Tributário, de Vigilância Sanitária ao mesmo tempo em que também era o responsável pela concessão de licenças para o exercício de determinadas atividades econômicas.

As sanções que poderiam ser imputadas aos infratores dos preceitos camarários eram, segundo Magnus Pereira: multas, discursos moralizantes e até mesmo a prisão, o que se confirma pela transcrição retirada pelo citado historiador dos arquivos públicos da Câmara Municipal de Curitiba:

Aos Vinte e dois dias do mês de Julho de mil e Setecentos e quarenta e três nesta Vila de Nossa Senhora da luz dos Pinhais de Curitiba saiu de correição o Almotacel o Capitão Miguel Rodrigues Ribas pelas Ruas publicas desta Vila correndo todas as casas de vendas [...] e ofícios de Sapateiros e Alfaiates e condenou a Antunes Rodrigues dos Santos em um tostão por não ter tacha de seu oficio de Alfaiate e condenou também a Manoel Pereira Vidal em dez tostões a saber em cinco tostões de não ter registado dois escritos de aferição e em cinco tostões de não ter Almotaçado um pouco de toucinho e condenou também a Manoel Rodrigues Porto em seis tostões a saber em cinco tostões por não ter Almotaçado sal e em um testam por não ter taxa das obras de seu ofício de sapateiro e em cuja advertência tinha posto aos ditos oficiais por um edital que mandou passar o qual se publicou pelas Ruas desta Vila e assim mais condenou a Antônio Gomes e Setuvel em cinco tostões por não ter registado os escritos de aferições e assim mais condenou a Francisco da Cunha em seis tostões a saber em cinco tostões por não ter registado um escrito de aferição e em um tostão por não mostrar tacha do seu oficio de sapateiro e assim mais condenou a Frutuoso da Costa Braga em seis tostões a saber em cinco tostões por não ter registado dois escritos de aferições dos seis meses passados e em um tostão por não ter procurado da Câmara a tacha das obras de seu oficio de sapateiro e assim mais condenou a Francisco. Furtado em cinco tostões por não ter ainda a revista da petição de licença pelos os oficiais da Câmara dos seis meses últimos do ano e assim mais condenou a José Nunes [...] em cinco tostões por não ter almotaçado sal e bem assim achando-se o dito na casa do Concelho adonde esse dito Almotacel o mandou vir e aos mais sobreditos condenados para os exortar com seus ofícios e vendas publicas nesta Vila para viverem com elas e seus ofícios como Deus manda e a obrigação da Justiça para assim observarem falando o dito José Nunes na presença desse dito Almotacel o mandou meter na enxovia [...].<sup>215</sup>

---

<sup>214</sup> PEREIRA, Magnus Roberto de Mello. **Almuthasib**: considerações sobre o direito de almotaçaria nas cidades de Portugal e suas colônias. p.2. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbh/v21n42/a06v2142.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2009.

<sup>215</sup> *Ibid.*, p.2-3.

Portanto, a almotacaria remonta a um período em que o poder político é plural e representado como "articulação (hierarquizada) de múltiplos círculos autônomos de poder (corpora, communitates), como as famílias, as cidades, as corporações, os senhorios, os reinos, o Império" e que poderiam ser equiparados aos órgãos de um ser vivo, pois embora desiguais entre si são essenciais ao funcionamento de um todo e sem pretensões de igualdade.<sup>216</sup>

Os almotacés parecem ser, portanto, o rudimento dos fiscais administrativos e, em alguma medida, da polícia administrativa também, e sua atuação no antigo regime deve receber a atenção de historiadores e juristas porque se mostram como personagens importantes na história do Direito Administrativo brasileiro, porém, são desconhecidos pela maior parte dos administrativistas – ao menos não constam em seus manuais, comprovando, assim, a lacuna que existe na abordagem histórica das infrações administrativas.

Dito isso, mostra-se oportuna, para dar seguimento ao trabalho, a análise da Direito Penal e do *Ius Puniendi* no período do antigo regime até o advento do Estado de Direito, objeto do próximo item.

#### 2.2.2 Direito Penal, *Ius Puniendi* e os grandes períodos de desenvolvimento da solução institucional

Na história das instituições, há dois grandes períodos em que o sistema penal alcançou um grande desenvolvimento, bem como a prisão<sup>217</sup> passou a desempenhar um papel central na política criminal.

Para abordar esses dois períodos será utilizada como referência principal a obra de Tomas Mathiesen "Prison on Trial" em que ele questiona se estamos a adentrar em uma nova etapa do sistema punitivo.<sup>218</sup>

---

<sup>216</sup> PEREIRA, 2009, p.14.

<sup>217</sup> Sobre a aplicação de penas: BUSATO, P. C. Por que, afinal, aplicam-se penas?. In: SCHMIDT, Andrei Zencker Schmidt (Org.). **Novos rumos do direito penal contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. (Livro em Homenagem ao prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt). p.511-524.

<sup>218</sup> MATHIESEN, 1990, p.10.



O primeiro grande período em que houve um aumento da solução institucional para problemas sociais ocorreu no fim do século XVI e durante o século XVII<sup>219</sup> (que coincide com o período histórico do Estado de Polícia).

Com a quebra da ordem social feudalista baseada na distribuição de terras pelo senhor aos seus vassallos, a Europa encontrou-se, nesse momento histórico, superpovoada por "desempregados pedintes e desocupados andarilhos"<sup>220</sup> que se tornou um problema para o comércio e o modo de produção mercantilista e, o seu controle, questão política. A solução para esse problema foi a institucionalização desse grupo, ao lado dos criminosos comuns, formando, assim, o primeiro estágio de desenvolvimento das instituições sancionatórias para a resolução de novos problemas sociais.<sup>221</sup>

A institucionalização justificou-se a partir do expressivo número de desocupados e pedintes nas cidades e nos centros europeus, pois os antigos métodos de punição sozinhos não surtiriam efeito. Assim, esse grupo foi identificado e preso, e uma vez institucionalizados (*hospitais* na França; *zuchthäusern* na Alemanha; *tuichthuisen* na Holanda; *correctional houses* na Inglaterra e *tukthus* na Noruega) os indivíduos foram colocados para trabalhar em uma atividade que fosse a mais lucrativa possível, o

---

<sup>219</sup> Sobre esse primeiro período, Mathiesen recomenda a leitura das seguintes obras: (1) RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punishment and social structure**. New York: Columbia University Press, 1939 – tem uma versão dessa obra em português que foi editada pela Revan na Coleção Pensamento Criminológico (RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. 2.ed. Tradução de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, 2004); (2) COLE, Charles Woosley. **Colbert and a century of french mercantilism**. New York: Columbia University Press, 1939; (3) SELLIN, Thorsten. **Pioneering in penology: the Amsterdam Houses of Correction in the sixteenth and seventeenth centuries**. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1944; (4) FOUCAULT, Michel. **Madness and civilization**. London: Tavistock, 1967; (5) WILSON, Charles. The other face of mercantilism. In: COLEMAN, D. C. (Ed.). **Revisions in mercantilism**. London: Methuen, 1969. p.18-139. (6) OLAUSSEN, Leif Petter. Avspeiler fengselsstraffen arbeidsmarkedssituasjonen? (Does the use of imprisonment mirror the labour market situation?). **Sociologi I dag**, n.4, p.32-9, 1976; (7) MATHIESEN, Thomas. **Rett og samfunn** (law and society). 2.ed. rev. Oslo: Pax, 1977.

<sup>220</sup> No original "*unemployed beggars and vagrants*", expressão que foi traduzida como "desempregados pedintes e desocupados andarilhos" porque a definição de "beggars" em inglês aproxima-se da ideia de pedinte, mendigo e "vagrant" tem por definição ser a) aquele que não tem residência fixa e vagueia ociosamente de um lugar para outro sem meios legais ou visíveis de suporte; b) aquele cuja conduta constitua "crime de vadiagem".

<sup>221</sup> MATHIESEN, 1990, p.11. O autor, ainda, esclarece que se instaurou um grande debate acerca das causas do aumento das instituições punitivas em mil e seiscentos após a edição de "Punição e estrutura social" de Rusche e Kirchheimer em que enfatizaram as mudanças ocorridas no mercado de trabalho como causa desse aumento, porém, como esses debates não eram o foco de sua obra, assim como não o é do presente trabalho, será utilizada a mesma saída proposta pelo autor: fazer referência às obras que se dedicaram ao estudo desse período, e que foram mencionadas na nota n.º 219, para maiores esclarecimentos.

que se coadunava inteiramente com a autossuficiência dessas instituições, o que era uma característica da filosofia mercantilista da economia da época.<sup>222</sup>

A segunda etapa ocorreu em mil e oitocentos, quando a maioria dos países europeus estava entrando no modelo de produção verdadeiramente capitalista, o da linha de produção, e que originou uma classe trabalhadora indigente, formalmente livre e improvisada.<sup>223</sup>

O crime, então, estava enraizado na pobreza material e os métodos de punição física não poderiam ser utilizados, pois "Parecia sem sentido utilizar espetaculares e arbitrárias mutilações quando as pessoas estavam para ser adaptadas a pretensiosas e detalhadas disciplinas de trabalho agora necessárias na indústria." <sup>224</sup>

Assim, as novas e verdadeiras prisões disciplinares – tão bem descritas por Foucault com base na obra *Panopticon* de Jeremy Bentham<sup>225</sup>, datada de 1791 –

---

<sup>222</sup> MATHIESEN, 1990, p.11-12.

<sup>223</sup> *Id.*

<sup>224</sup> *Ibid.*, p.12. Tradução livre de: 'It seemed senseless to use spectacular and arbitrary mutilations when people were to be adapted to the pedantic and detailed types of disciplined work now necessary in production.'

<sup>225</sup> "Jeremy Bentham publica o *Panopticon* em 1791. Foucault considera esse projeto como o modelo de prisão. Sob o Antigo Regime, a lei se baseava na soberania divina ou real. J. Bentham (1748-1832) renovou a teoria jurídica fundamentando a lei no princípio de utilidade (ou de nocividade): assim como, num mercado livre, o dinheiro mede o prazer, do mesmo modo a lei regulamenta as trocas entre os indivíduos. Os que não respeitam a lei vão para a prisão."; "Na periferia do *Panopticon*, uma construção em forma de anel, comportando células com duas janelas: de uma torre central, um vigilante observa os prisioneiros – sem ser visto. Eles estão separados uns dos outros por paredes entre as células; estão sempre visíveis. O preso é 'objeto de uma informação, jamais sujeito de uma comunicação' [FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Tradução de Raquel Ramalhe. Petrópolis: Vozes, 1977. p.202]. O essencial não é que ele seja realmente observado, mas que possa sê-lo, por qualquer um e por qualquer motivo. A nova arquitetura da prisão reiventa ou reproduz o modelo da *menageire* [\**Menageire*: local em que eram expostos animais raros ou exóticos] que Le Vaux construiu em Versalhes, com a pequena diferença de que o salão do rei se transformou na torre do vigia e que 'o animal é substituído pelo homem' [FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Trad. Raquel Ramalhe. Petrópolis: Vozes, 1977. p.168]"; "Há esse modelo e a prisão que existe historicamente... No Rasphuis de Amsterdã (1596), a duração da detenção é determinada em função do comportamento, o trabalho é obrigatório e o emprego do tempo rigorosamente definido. Em Grand, o trabalho penal é organizado em torno de imperativos econômicos; o 'reformatório' de Hanway (1775) acrescenta o isolamento – na Filadélfia (Walnut Street, 1790), os quacres acrescentam a não publicidade das penas, uma exortação religiosa e um trabalho junto à alma do detento. A prisão é um aparelho de saber, cujo campo de referência não é tanto o crime cometido quanto a alma do preso. Como o asilo de Pinel, a prisão de Bentham encarcera para normalizar." (BILLOUET, Pierre. **Foucault**. Tradução de Beatriz Sidou. São Paulo: Estação Liberdade, 2003. p.130-131).

surgiram como método para disciplinar os indivíduos mais pobres da nova classe trabalhadora e trazê-los para a linha de trabalho.<sup>226</sup>

Conclui Thomas Mathiesen que é possível constatar três pontos em comum entre esses dois períodos e que também podem ser visualizados em nosso tempo e, portanto, sugerem que estamos em uma terceira etapa no uso da solução institucional penal, quais sejam: (1) o aumento da população carcerária em longo prazo<sup>227</sup>; (2) aumento do significado da solução institucional como componente da política criminal e (3) aumento na necessidade de disciplinar segmentos ou grupos da população.

A busca pela solução institucional fez surgir na doutrina aquilo que se convencionou chamar de *ius puniendi*, ou *jus puniendi*, que passou a ser invocado como fundamento para a utilização do Direito Penal para a resolução de conflitos. Consiste em um poder-dever de punição que emana para o Estado, seu titular exclusivo, da norma penal incriminadora e que consiste no direito e dever de exigir dos cidadãos que obedeçam a essas normas, sendo limitado pela prescrição, pela decadência e pela perempção e que será abordado com mais vagar no próximo capítulo.

---

<sup>226</sup> MATHIESEN, 1990, p.12-13.

<sup>227</sup> Esse aumento da população carcerária pode sofrer uma queda diante de novas condições históricas e foi característico nos dois primeiros estágios. Quanto à nomenclatura "etapa" esclarece Mathiesen: "O conceito de etapa aqui utilizado não implica que o encarceramento chegará a um novo e mais alto patamar que nas etapas anteriores, muito embora isso tenha sido sugerido como uma possibilidade para alguns países (sobre os Estados Unidos, ver a obra de Austin e Krisberg, 1985 [AUSTIN, James; KRISBERG, Barry. **Incarceration in the United States: the extent and the future of the problem.** Annals of American Political and Social Science, n.478, p.15-30, 1985]. O conceito de etapa sugere que um aumento dramático e de longo termo apareça." Tradução livre de: "*The concept of stage used here does not imply that incarceration reaches a new and higher plateau than earlier stages, although this has been suggested as a possibility for some countries (for the United States, see Austin and Krisberg, 1985 [AUSTIN, James; KRISBERG, Barry. **Incarceration in the United States: the extent and the future of the problem.** Annals of American Political and Social Science, n.478, p.15-30, 1985]). The concept of 'stage' only implies that a dramatic and long-term increase takes place.*"

## 2.3 CONFLITOS E CONTROLE SOCIAL

### 2.3.1 Controle social difuso e institucionalizado

Com apoio na doutrina de Fernando Navarro Cardoso, o estudo aqui consignado tem por premissa que o controle social é necessário, pois todo processo de socialização demanda que existam normas de conduta e sanções negativas aplicáveis na hipótese de violação dessas normas, acrescentando-se, ainda, a nosso ver, as sanções positivas que fomentam a prática de determinadas condutas, e tudo isso pressupõe a existência de um sistema jurídico que viabilize a prevenção e a resolução pacífica de conflitos.<sup>228</sup>

Em situações de conflito, a solução institucional é apenas uma das possíveis, como é possível demonstrar a partir do exemplo de cinco estudantes que moram juntos e um deles golpeia e quebra a televisão e cada um deles responde a esse fato de uma maneira diferente e que representam as soluções punitiva, reparatória, terapêutica e conciliatória:

Um, furioso, declarará que não quer mais viver com o primeiro [que quebrou o televisor]; outro reclamará que pague o dano ou compre outro televisor novo; outro afirmará que seguramente não está em seu perfeito juízo; e o último observará que, para que tenha lugar um fato desta natureza, algo deve andar mal na comunidade, o que exige um exame comum de consciência (HULSMAN).<sup>229</sup>

O controle social reflete a estrutura do poder em uma sociedade e, ao estudar-se o controle social, descobre-se qual é essa estrutura. Diante da extensão e complexidade desse fenômeno, é de acordo com a utilização de meios mais ou menos difusos de controle social que se descobre se uma sociedade é mais ou menos autoritária, não apenas em vista do controle social institucionalizado.<sup>230</sup>

---

<sup>228</sup> CARDOSO, 2001, p.26-27.

<sup>229</sup> ZAFFARONI; PIERANGELI, 2009, p.57.

<sup>230</sup> *Ibid.*, p.59.

Portanto, há soluções formais e informais que podem ser diferenciadas a partir de certos critérios, em cujo âmbito pode-se optar por uma resposta punitiva, reparatória, terapêutica e conciliatória.

Os meios de massa, família, modas etc. realizam o controle social difuso e o institucional pela igreja, polícia, pelos tribunais, pelos hospitais psiquiátricos, orfanatos, asilos, pelas instituições de ensino etc.

Ainda, o controle social institucionalizado pode ser não punitivo (o direito privado é um exemplo); punitivo com discurso não punitivo (práticas psiquiátricas, institucionalização de velhos etc) e punitivo com discurso punitivo (sistema penal).<sup>231</sup>

Dentre os sistemas formais, destaca-se, de acordo com Navarro Cardoso, o que chamou de sistema jurídico-sancionador que tem como características fundamentais – e à margem de discussões mais ou menos terminológicas – ser institucional, formal e dinâmico<sup>232</sup>. Um sistema é institucional porque se caracteriza como um órgão de controle que tem como atividade principal, quando não única, o exercício monopolizado desse controle; é formal porque há um conjunto de normas escritas que regulam o exercício da atividade de controle e, por último, é dinâmico porque há uma integração entre os distintos sistemas de controle social, de sorte que cada um deles constitui uma "peça da engrenagem".<sup>233,234</sup>

Para os espanhóis, esse sistema jurídico-sancionador possui como manifestações o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Penal que, como expressões de um mesmo sistema,<sup>235</sup> compartilham, em essência, os mesmos objetos de tutela.<sup>236,237</sup>

---

<sup>231</sup> ZAFFARONI; PIERANGELI, 2009, p.65.

<sup>232</sup> CARDOSO, 2001, p.27

<sup>233</sup> *Id.*, nota 46.

<sup>234</sup> Sobre o sistema jurídico-sancionador, devem ser consultados para maiores esclarecimentos: BUSTOS RAMÍRES, J.; HORMAZÁBAL MALARÉ, H. **Lecciones de Derecho Penal**. Madrid: Trotta, 1997. v.1. p.18-19; MIR PUIG, S. **Derecho Penal**: parte general. 4.ed. Barcelona: Bosch, 1996. p.5.

<sup>235</sup> Essa ideia será retomada e desenvolvida com mais vagar no próximo capítulo quando forem apresentadas as diferenças entre infrações administrativas e penais e as teorias unitárias do *ius puniendi*.

<sup>236</sup> A concepção de que o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador compartilham o mesmo objeto de tutela é apresentada aqui exemplificativamente e não constituiu, neste momento, um posicionamento da autora sobre o tema que será abordado no próximo capítulo, ao analisar-se a questão do bem jurídico e sua eventual relação com os direitos fundamentais e os valores constitucionais.

<sup>237</sup> CARDOSO, *op. cit.*, p.27

Esse posicionamento explica-se, em parte, porque o artigo 25.1 da Constituição Espanhola de 1978 – atualmente em vigor – prevê que ninguém poderá ser condenado ou sancionado por ação ou omissão que, no momento em que forem cometidas, não constituam um delito, uma falta ou uma infração administrativa, de acordo com a legislação em vigor.<sup>238</sup>

O sistema de controle social institucional típico é o sistema penal. Mas antes de adentrar na questão dos seus discursos, deve-se destacar que ele possui duas acepções, sendo uma mais ampla e outra mais restrita, podendo ser definido, de acordo com Zaffaroni e Pierangeli, da seguinte maneira:

Chamamos 'sistema penal' ao *controle social punitivo institucionalizado*, que na prática abarca a partir de quando se detecta ou supõe detectar-se uma suspeita de delito até que se impõe e executa uma pena, pressupondo uma atividade normativa que cria a lei que institucionaliza o procedimento, a atuação dos funcionários e define os casos e condições para esta atuação. Esta é a idéia geral de 'sistema penal' em um sentido limitado, englobando a atividade do legislador, do público, da polícia, dos juízes, promotores e funcionários e da execução penal. Em um sentido mais amplo, entendido o sistema penal – tal como temos afirmado – como 'controle social punitivo institucionalizado', nele se incluem ações controladoras e repressoras que aparentemente nada têm a ver com o sistema penal.<sup>239</sup>

Ainda, como formalmente punitivo, importa registrar aqui os propósitos da punição infligida pelo Direito Penal, de acordo com a Teoria Penal Clássica e que, em alguma medida, poderão ser aplicáveis em sede de Direito Administrativo Sancionador, se considerarmos a possibilidade de, eventualmente, existir um sistema jurídico-sancionador que abarque tanto o Direito Penal quanto o Direito Administrativo Sancionador, como já se reconhece no direito espanhol.

---

<sup>238</sup> Tradução livre de: "25.1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento."

<sup>239</sup> ZAFFARONI; PIERANGELI, 2009, p.66.

### 2.3.2 O controle social institucionalizado do sistema penal e as teorias quanto ao propósito da punição

Para impor sanções negativas como consequências jurídicas atribuíveis aos sujeitos que cometem condutas vedadas pelo ordenamento jurídico, a Teoria Penal Clássica desenvolveu construções quanto ao propósito da punição e que podem ser divididas em dois grandes grupos: as teorias de defesa social e as de retribuição.

De acordo com as Teorias Penais de Defesa Social, a punição não possui um valor em si mesma, mas apenas se utilizada como defesa social, ou seja, como meio de proteção da sociedade contra o crime, sendo essa a razão de serem chamadas de teorias penais relativas. Podem ser divididas em dois subgrupos de teorias: as de prevenção geral e as de prevenção especial ou individual.<sup>240</sup>

As teorias retributivas consideram que a punição tem um valor intrínseco e, por isso, são chamadas de teorias penais absolutas. Há dois tipos de teoria de retribuição: aquelas que consideram que a punição deve ser estabelecida entre o mal causado e a punição em questão, em que reina a Lei de Talião, e aquelas baseadas na culpa moral e a punição deve ser reflexo de um princípio moral mais compreensivo, imperando o princípio da culpabilidade.<sup>241</sup>

As teses de prevenção geral e especial recebem muitas críticas, inclusive de Eugenio Raúl Zaffaroni e de José Henrique Pierangeli, e, apesar delas, podemos identificar que tanto a prevenção geral como a prevenção especial podem se apresentar de forma positiva ou negativa.

Em linhas gerais, a prevenção penal geral é fundada em mecanismos inconscientes da multidão anônima como explicam os supracitados autores:

[...] o homem respeitador do direito sente que reprimiu tendências que o outro não reprimiu, que se privou do que outro não se privou, e experimenta inconscientemente como inútil o sacrifício de uma privação a que o outro não se submeteu. Inconscientemente, quem se reprimiu clama por vingança, e daí que o passo da prevenção geral à vingança nunca seja de todo claro e que a prevenção geral sempre encerre um conteúdo vingativo.<sup>242</sup>

---

<sup>240</sup> MATHIESEN, 1990, p.17.

<sup>241</sup> *Ibid.*, p.17-18.

<sup>242</sup> ZAFFARONI; PIERANGELI, 1999, p.104.

Na prevenção geral negativa, também chamada de prevenção geral de intimidação, as penas servem para assustar as pessoas, com a ameaça das penas em abstrato para que não cometam crimes, tendo como representantes desta ideologia Beccaria e Feuerbach.

Já a prevenção geral positiva, que pode ser chamada de prevenção geral de integração, prega que as penas cominadas em abstrato devem reforçar o sentimento de crença na vigência e validade do Direito de acordo com o pensamento de Durkheim, Jakobs e Figueiredo Dias.

A prevenção especial é a que se opera com a pessoa que desrespeitou a norma de natureza penal. *"É a alternativa que resta frente à rejeição da finalidade de prevenção geral"* sendo a prevenção penal um sinônimo de prevenção especial e não uma classe qualquer desta.<sup>243</sup>

Zaffaroni e Pierangeli apontam quanto à prevenção especial que:

- a) Em princípio, a *prevenção especial penal não pode consistir em qualquer constrangimento físico*, como a chamada "pena de morte", as mutilações, os controles eletrônicos ou químicos, o encarceramento como mero constrangimento etc. [...]
- b) Tampouco pode consistir em nenhuma reeducação" nem em um "tratamento" que pretenda visualizar o homem como um ser carente em sentido "moral" ou "médico" (sentidos que costumam confundir-se, porque o "tratamento" psiquiátrico costuma ter um conteúdo moralizante, ainda que encoberto pela terminologia técnica). O criminalizado é uma pessoa com plena capacidade jurídica, à qual não se pode olhar "de cima", e sim em um plano de igualdade frente à dignidade da pessoa, que não pode ser afetada por conceito algum. O direito penal de um Estado respeitoso dos Direitos Humanos de modo algum pode considerar o criminalizado como um ser em condições de inferioridade, o que seria sempre causa de uma ingerência desmedida em sua pessoa.
- c) Dado que cada delito tem um significado social diferente e que a criminalização é produto de um processo seletivo, a *prevenção especial penal não pode ser rígida*, mas deve traduzir-se em uma pluralidade de objetivos concretos, que devem adequar-se a cada situação. Socialmente, cada criminalização é uma forma de manifestar um conflito e cada conflito tem particularidades próprias. *A prevenção especial deve ser um meio prático de resolver tais conflitos, pois toda rigidez apodictia tende a cair na ficção e a mascarar o conflito.*
- d) A plasticidade da prevenção especial penal deve permitir uma pluralidade de soluções que possibilite selecionar o sentido mais adequado às características do conflito manifestado na criminalização.<sup>244</sup>

---

<sup>243</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.108.

<sup>244</sup> *Id.*



Na prevenção especial também se pode falar em positiva e negativa, sendo que esta consiste na eliminação do criminoso por meio da pena de morte ou por meio de uma restrição na sua liberdade para coibir a possibilidade de que ele volte a cometer crimes, sendo que a pena de morte, embora condenada pelos autores acima referidos, é mantida em vários países do mundo como os Estados Unidos, a China, a Tailândia, Singapura, dentre outros. Já naquela, também chamada de prevenção especial de reintegração, a condenação em pena de prisão ou outra e muito em especial a execução da pena devem ter como objetivo fundamental a reintegração do delinquente na sociedade.

### 2.3.3 As críticas da criminologia ao sistema punitivo

Juarez Cirino dos Santos observa que o Direito é uma "relação social objetiva" que possui uma função ideológica aparente, de acordo com a qual sua atribuição é a de traçar os contornos da igualdade e da liberdade, e funções reais ocultas de "[...] instituição e reprodução das relações sociais de produção: a desigualdade das relações de classe (exploração) e a coação das relações econômicas (dominação) é o conteúdo instituído e reproduzido pela forma livre e igual do Direito."<sup>245</sup>

Isso posto, a criminologia radical trabalha com a identificação dos objetivos reais e ocultos do sistema punitivo, diferenciando-os dos objetivos ideológicos aparentes e que levam às hipóteses de seu trabalho teórico sobre o crime e o controle social, quais sejam:

A inserção metodológica da política de controle do crime nas relações estruturais da formação social permite erigir as seguintes hipóteses radicais de trabalho teórico: a) todo *sistema de produção* adota o *sistema de punição* que corresponde às suas relações produtivas, ou inversamente, todo o *sistema punitivo* se enraíza no *sistema de produção* da estrutura econômica da

---

<sup>245</sup> SANTOS, J. C., 2008a, p.129.

sociedade; b) o *mercado de trabalho* é a principal categoria explicativa do sistema punitivo, mostrando que em situação de força de trabalho insuficiente os sistemas econômico e punitivo a preservam; ao contrário, em situação de força de trabalho excedente os sistemas econômico e punitivo a destroem.<sup>246</sup>

Para a criminologia radical, o sistema punitivo formado pela polícia, pela justiça e pela prisão é considerado o mais importante aparelho de controle social e "reproduz as condições de produção da fábrica, baseadas na separação trabalhador/meios de produção", enquanto as outras formas de controle social buscam a formação de uma massa de trabalhadores que seja adequada aos processos de produção.<sup>247</sup>

Juarez Cirino dos Santos consigna que as transformações que hoje observamos no sistema de controle social são fruto das contradições entre esse sistema e a estrutura de classes, pois a prisão, ao praticamente abandonar a ideologia do tratamento, mostra-se como um instrumento de terror que se amplia para os setores produtivos da sociedade.<sup>248</sup>

Portanto, foi desenvolvida pela criminologia radical uma política criminal alternativa que propõe, dentre outras coisas<sup>249</sup>, a penalização da criminalidade econômica e política<sup>250</sup> e a despenalização da criminalidade patrimonial<sup>251</sup>.

---

<sup>246</sup> SANTOS, J. C., 2008a, p.128.

<sup>247</sup> *Ibid.*, p.130-131.

<sup>248</sup> *Ibid.*, p.131.

<sup>249</sup> "A política criminal alternativa da Criminologia Radical, como meio de reduzir as desigualdades de classes no processo de criminalização e de limitar as consequências de marginalização social do processo de execução penal, distingue a criminalidade das classes dominantes, entendida como articulação funcional da estrutura econômica com as superestruturas jurídico-políticas da sociedade, de um lado, e a criminalidade das classes dominadas, definida como resposta individual inadequada de sujeitos em posição social desvantajosa, de outro lado, propondo o seguinte:

a) No processo de criminalização, (1) a *penalização* da criminalidade econômica e política das classes dominantes, com a ampliação do sistema punitivo e (2) a *despenalização* da criminalidade típica das classes e categorias sociais subalternas, com contração do sistema punitivo e substituição de sanções estigmatizantes por não-estigmatizantes;

b) No processo de execução penal, mediatizada pela mais ampla extensão das medidas alternativas da pena e pela abertura do cárcere para a sociedade, a abolição da prisão: se o crime é resposta pessoal de sujeitos em condições sociais adversas, a correção do criminoso – e a prevenção do crime – depende do desenvolvimento da consciência de classe e da reintegração do condenado nas lutas econômicas e políticas de classe.

São tarefas complementares da política criminal alternativa da Criminologia Radical (a) conjugar os movimentos de presos com as lutas dos trabalhadores, (b) inverter a direção ideológica dos processos de formação da opinião pública pela intensificação da produção científica radical e difusão de informações sobre a ideologia do controle social; (c) coordenar as lutas contra o uso capitalista do Estado e a organização capitalista do trabalho e (d) desenvolver o contrapoder proletário." (*Ibid.*, p.131-132).

A teoria criminológica da rotulação<sup>252</sup>, interacionista ou da reação social, também conhecida por sua designação americana de "*labelling approach*"<sup>253</sup>, parte do pressuposto de que todos no corpo social têm impulsos e realizam condutas que violam os parâmetros normativos e elabora uma "concepção do mundo" dualista: há

<sup>250</sup> Sobre a criminalização das classes dominantes: (1) BIGAUT, Christian. **La Responsabilité Pénale des Hommes Politiques**. 1.ed. 1996. (Coleção: SYSTEMES); (2) CASTILHO, Ela Wiecko de. **O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional**: Lei n.º 7.492, de 16 de junho de 1986. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

<sup>251</sup> Silva Sáches escreveu que, muito embora não seja um tema novo, de tempos em tempos esse tema volta a ser discutido na doutrina. Trata-se da despenalização das faltas (que traduzo como correspondente às contravenções, pois possuem a mesma estrutura de um delito, porém, em vista de sua menor gravidade, são "rotuladas" pelo legislador como faltas e, como consequência, são atribuídas penas de menor gravidade como a de multa e as restritivas de direitos), assim como as imprudências leves como uma das formas de desafogar a jurisdição penal. O autor preocupa-se, principalmente no que concerne aos delitos de imprudência que a sua despenalização deles culmine na diminuição do aspecto preventivo, ainda que entre em cena o Direito Administrativo Sancionador combinado com um Direito Civil de danos, além de que, na perspectiva processual a carga probatória seja menos rigorosa que no Direito Penal, da perspectiva da vítima, que além de não mais contar com o aparato estatal para defendê-la – inclusive no que diz respeito à produção probatória –, estará sozinha contra a outra parte, que no caso, provavelmente, será uma companhia de seguros. Assim, questiona se a combinação do Direito Administrativo com o Direito civil de danos poderá ser um equivalente funcional do Direito Penal nessas situações, registrando, por fim, que a despenalização das imprudências leves precisa de um debate mais profundo do que apenas servir de efeito de esvaziar a administração da justiça penal. (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **¿Despenalización de las imprudencias leves?** Disponível na internet: <<http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/141385/192896>>).

<sup>252</sup> A concepção de crime como produto de *normas* (criação do crime) e de *poder* (aplicação das normas) define a lei e o processo de criminalização como 'causas' do crime, rompendo o esquema teórico do positivismo e dirigindo o foco para a relação entre *estigmatização criminal* e formação de *carreiras criminosas*: a criminalização inicial produz estigmatização que, por sua vez, produz criminalizações posteriores (reincidências). O rótulo criminal, principal elemento de identificação do criminoso, produz as seguintes consequências: assimilação das características do rótulo pelo rotulado, expectativa social de comportamento do rotulado conforme as características do rótulo, perpetuação do comportamento criminoso mediante formação de carreiras criminosas e criação de subculturas criminais através de aproximação recíproca dos indivíduos estigmatizados (ANIYAR [DE CASTRO, Lola. *Criminología de la reacción social*. Maracaibo: Universidad del Zulia]1977, p.111-114). De certa forma, a estigmatização penal é a única diferença entre comportamentos objetivamente idênticos, porque a condenação criminal depende, além das distorções sociais de classe, de circunstâncias de sorte/azar relacionadas a estereótipos criminais, que cumprem funções sociais definidas: o criminoso estereotipado é o 'bode expiatório' da sociedade, objeto de agressão das classes e categorias sociais inferiorizadas, que substitui e desloca a sua revolta contra a opressão e exploração das classes dominantes (Chapman, [Dennis. *Sociology and the stereotype of the criminal*. Londres: Tavistock Publications] 1968, p.1997)." (SANTOS, J. C., 2008a, p.20).

<sup>253</sup> "**Labelling**" corresponde, em português, ao verbo "etiquetar" e que possui dois significados, de acordo com a consulta do dicionário online Priberam desse vocábulo: "1.pôr etiqueta ou rótulo em" e "2-Atribuir uma designação ou uma característica definidora a, geralmente de maneira redutora". Disponível na internet: <<http://www.priberam.pt/DLPO/default.aspx?pal=etiquetar>>. Já o "**approach**" é algo como um ato de aproximação; corresponde aos passos preliminares em busca de um objetivo em particular (tradução nossa, baseada na consulta do vocábulo "approach" no dicionário online disponível na internet: <<http://www.merriam-webster.com/dictionary/approach%5B2%5D>>).

as pessoas definidas como desviantes e as que definem o que é o comportamento que diverge do padrão estabelecido – e que, por sua vez, estabelecem o que é esse padrão<sup>254</sup>, – "selecionando a clientela do sistema penal a pretexto de suas condutas"<sup>255</sup>, e é construída a partir de dois conceitos principais:

- 1) a existência do crime depende da *natureza do ato* (violação da norma) e da *reação social* contra o ato (rotulação): o crime 'não é uma qualidade do ato, mas um ato qualificado como criminoso por agências de controle social'(Becker, [Howard. *Outsiders studies in the sociology of deviance*. New York: Free Press] 1963, p.8.);
- 2) não é o crime que *produz o controle social*, mas (freqüentemente) o controle social que *produz o crime*: a) comportamento desviante é comportamento rotulado como desviante; b) um homem pode se tornar desviante porque uma infração inicial foi rotulada como desviante; c) os índices de crime (e desvio) são afetados pela atuação do controle social (Lemert, [Edwin. *Human deviance, social problems and social control*. New York: Free Press] 1964). A teoria da rotulação distingue entre *desvio primário*, um processo de natureza 'poligenética' excluído do esquema explicativo das teoria, e o *desvio secundário*, uma resposta seqüencial à criminalização pelo desvio primário, que marca o comprometimento do criminalizado em uma 'carreira desviante', como impacto pessoal de reação oficial – na verdade, o *ponto de incidência* das análises da teoria.<sup>256</sup>

Assim sendo, os delitos penais – e por que não dizer, os ilícitos administrativos – não existem sociologicamente se não utilizarmos, para lhes conferir certa "unidade", a característica de que se tratam de conflitos solucionados institucionalmente:

[...] 'o delito' não existe sociologicamente se prescindirmos da solução institucional comum. Na realidade social existem condutas, ações, comportamentos que significam conflitos que se resolvem de um modo comum institucionalizado, mas que isoladamente considerados possuem significados completamente diferentes. Não é só isso o que observamos, mas, também em relação às mesmas condutas que geram conflitos com soluções institucionais idênticas, vemos que as instituições operam de forma diferente [...] [e] na imensa maioria dos casos a solução comum institucional não se justifica [...].<sup>257</sup>

---

<sup>254</sup> SANTOS, J. C., 2008a, p.18.

<sup>255</sup> Frase muito utilizada por Juarez Cirino dos Santos no curso de Especialização em Direito Penal e Criminologia promovido pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal e Universidade Federal do Paraná durante o ano de 2007.

<sup>256</sup> SANTOS, J. C., *op. cit.*, p.19-20.

<sup>257</sup> ZAFFARONI; PIERANGELI, 2009, p.55.

Portanto, pode-se dizer que os delitos e as infrações administrativas têm como característica a temporalidade, ou seja, determinadas condutas são consideradas socialmente indesejáveis em um dado período histórico, um determinado território e em relação a pessoas que possuem uma certa formação cultural, pois aquilo que hoje se considera inadmissível, poderá, "amanhã", ser considerado perfeitamente legal.

Assim, o aumento da necessidade de proteção na sociedade pós-industrial culmina na alteração das técnicas legislativas e gera problemas estruturais no Direito Penal de tradição garantista<sup>258</sup> e que serão abordados no item subsequente.

## 2.4 A "CRISE" DO DIREITO PENAL, A PROPOSTA DE UM "DIREITO DE INTERVENÇÃO" E A CRIMINALIDADE ECONÔMICA

### 2.4.1 A "crise" do Direito Penal e as vias de superação

De acordo com Winfried Hassemer, observa-se hoje no Direito Penal um fenômeno batizado por Horkheimer e Adorno como a "dialética da ilustração"<sup>259</sup> que pode ser concebida como a "dialética da modernidade". Tal fenômeno expressa um Direito Penal moderno que se desenvolveu até um ponto em que se tornou contraproducente, anacrônico.<sup>260</sup>

---

<sup>258</sup> Sobre garantismo e funcionalismo ver BUSATO, P. C. Modernas teorias do delito: Funcionalismo, significado e garantismo. In: BITENCOURT, Cezar Roberto (Org.). **Direito penal no terceiro milênio**: estudos em homenagem ao Prof. Francisco Muñoz Conde. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v.1. p.605-638.

<sup>259</sup> Para saber mais sobre a dialética da ilustração, mais conhecida por dialética do esclarecimento, ver as obras: (1) ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento**. Rio de Janeiro: Zahar, 2006 e (2) NOBRE, 2004, p.48-52.

<sup>260</sup> HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. **Revista de Estudos Criminais**, ano 2, n.8, p.54, 2003.

O Direito Penal clássico tem tradição na filosofia política do Iluminismo, pois fora desenvolvido a partir do Direito Natural e no seio das Teorias Contratualistas<sup>261</sup> baseadas na obra de Rousseau. Esse direito possui um centro ideal, ao qual pertencem as tradições democráticas da determinação e da subsidiariedade do Direito Penal. No clássico, o crime de dano é a forma normal de comportamento delitivo, enquanto o moderno âmbito desta ciência afasta-se do referido centro ideal numa velocidade crescente, levando o Direito Penal a problemas específicos, como, por exemplo, algumas implicações no princípio da legalidade que serão abordadas neste item.<sup>262</sup>

Três importantes consequências e limites estabelecidos para o Direito Penal apareceram nesta tradição iluminista, quais sejam:

- 1) Somente pode valer como ato punível a lesão às liberdades asseguradas pelo contrato social. O bem jurídico conserva um lugar sistemático como critério negativo de criminalização legítima: sem uma lesão palpável a um bem jurídico, não há ato punível.
- 2) Os limites da renúncia à liberdade contratual devem ser compostos de modo absoluto. As revisões posteriores destes limites à intervenção social ou executiva nos pactos sociais devem ser renunciadas sob todas as circunstâncias. Inclusive os limites da renúncia recíproca à liberdade não podem depender da força da interpretação de um terceiro, nem do Judiciário e nem do Executivo. Com isso alimenta-se a tradição do positivismo legalista, declaram-se, contemporaneamente, proibições às interpretações e aos comentários; e a exigência de determinação do Direito Penal adquire seu sentido pleno.
- 3) O Estado é uma instituição derivada dos direitos dos cidadãos e deve fundamentar-se e limitar o seu poder pelos direitos dos cidadãos. O contrato social não comporta nenhum poder originário e usurpador. Por isso, o poder do Estado, particularmente no Direito Penal - onde se mostra de modo particularmente nítido - deve se vincular e se conceber, em princípio, pelos direitos do indivíduo: eles o postergam, A partir daí declaram-se. Por exemplo, princípios jurídico-penais como o *in dubio pro reo*, o direito ao recurso, à defesa, ao silêncio, princípios como o da subsidiariedade ou da proporcionalidade.

Pela concepção clássica, o Direito Penal é, na verdade, um meio violento, mas é ao mesmo tempo um instrumento da liberdade civil. É, por isso, irrenunciável para o convívio dos homens, e deve, sem dúvida, ser colocado na corrente, pois não pode se tornar independente. Não é nenhum passaporte, mas apenas o último meio (*ultima ratio*) de solução dos problemas sociais.<sup>263</sup>

---

<sup>261</sup> Segundo as Teorias Contratualistas baseadas no pensamento de Jean-Jacques Rousseau de que o Estado é criado pelos homens por meio de um contrato social para que ele seja um instrumento de garantia dos direitos inatos (ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social:** ou princípios do direito político. Tradução de Pietro Nassetti. Coleção a obra-prima de cada autor. São Paulo: Martin Claret, 2000).

<sup>262</sup> HASSEMER, 2003, p.55.

<sup>263</sup> *Ibid.*, p.57.

Já o Direito Penal atual tem atuação e pensamento jurídico-penal dirigidos a concepções metafísicas, uma metodologia empírica e orientação pelas consequências. Favorece ideias teórico-preventivas e retributivas, bem como tenta vincular o legislador penal tornando suas decisões controláveis por princípios como, por exemplo, o da proteção do bem jurídico e o da legalidade.<sup>264</sup>

Tendo em vista isso tudo, constata-se um paradigma com raízes no pensamento filosófico ocidental moderno, a partir do século XVII. Tais raízes podem ser vislumbradas no racionalismo cartesiano e no individualismo liberal, sendo que, por outro vértice, no âmbito jurídico-penal, deve ser reivindicada a filiação deste paradigma a muitas das teses pertencentes ao Movimento do Iluminismo Penal, em particular, às da função *exclusivamente protetiva* do Direito Penal.

As três principais teses que consubstanciam essencialmente o paradigma penal da transição do século, segundo o português Jorge de Figueiredo Dias, são a atribuição de um papel de destaque à política criminal ao definir aquilo que deve ou não ser objeto de proteção; que a proteção penal dedica-se à tutela exclusiva de bens jurídico-penais fundamentais à vida comunitárias e que a pena deve ser imputada dentro do limite máximo permitido pela culpa.<sup>265</sup>

---

<sup>264</sup> HASSEMER, 2003, p.55.

<sup>265</sup> "1.<sup>a</sup> tese ("A aplicação de penas e de medidas de segurança visa a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade") – Na inter-relação das três disciplinas que formam a "ciência conjunta do direito penal" – correspondente a um entendimento renovado da gesamte Dtrafrechtswissenschaft de que há um século falou v. Liszt – o primeiro e indisputável lugar deve ser concedido à política criminal. Por duas razões principais: porque é à política criminal que pertence hoje definir o se e o como da punibilidade, isto é, nesta acepção, os seus limites; e porque (de algum modo, conseqüentemente) os conceitos básicos da doutrina do facto punível, muito para além de serem "penetrados" ou "influenciados" por considerações político-criminais, devem pura e simplesmente ser determinados e cunhados a partir de proposições político-criminais e da função que por estas lhes é assinalada no sistema. [...] 2.<sup>a</sup> tese ("Em caso algum a pena pode ultrapassar a medida da culpa") – Função do direito penal é, exclusivamente, a protecção subsidiária de bens jurídicos. Devendo sublinhar-se que não se trata da tutela de quaisquer bens jurídicos, mas só de bens jurídico-penais, entendendo por tais os bens jurídicos fundamentais à vida comunitária e ao livre desenvolvimento da pessoa e que, por isso mesmo, hão-de encontrar refracção no texto e na intencionalidade da Constituição, em matéria de direitos individuais, seja de direitos sociais, seja de organização política e económica. [...] 3.<sup>a</sup> tese ("A medida de segurança só pode ser aplicada se for proporcionada à gravidade do ilícito e à periculosidade do agente") – A aplicação de pena e medidas de segurança é comandada exclusivamente por finalidades de prevenção, nomeadamente da prevenção geral positiva ou de integração e da prevenção especial positiva ou de socialização; a culpa segundo a função que lhe é político-criminalmente determinada, constitui somente condição necessária de aplicação de pena e limite inultrapassável da sua medida. Dentro do limite máximo permitido pela culpa, a pena deve ser determinada no interior de uma "moldura de prevenção geral positiva", cujo limite superior é oferecido pelo ponto óptimo de tutela dos bens jurídicos e cujo limite inferior é

Esse novo paradigma leva aos seguintes questionamentos:

Estará ele (novo paradigma) destinado a acompanhar-nos no novo século e no novo milênio? Ou haverá já no horizonte sinais da necessidade de uma nova revolução nas concepções básicas, nomeadamente no que toca ao modo de produção da legislação penal, à função deste ramo de direito no sistema social e às finalidades a assinalar à aplicação dos seus instrumentos naturais, as penas e as medidas de segurança? E conseqüentemente, sinais de uma "nova" política criminal e de uma "nova" dogmática jurídico-penal?<sup>266</sup>

Essas mudanças são um reflexo daquilo que o sociólogo Ulrich Beck<sup>267</sup> chama de "sociedade de risco" e que leva o Direito Penal a problemas novos e que considera como incontornáveis<sup>268</sup>. Aponta o sociólogo uma mudança radical naquela sociedade industrial, protegida por um Direito Penal liberal e antropocêntrico, em que os riscos para a existência, individual ou comunitária, advinham apenas de fatos naturais – contra os quais nada se podia fazer – ou de ações humanas próximas e definidas que podiam ser contidas pela tutela penal dos bens jurídicos clássicos como a vida, o corpo, a saúde, o patrimônio, a propriedade, por outra sociedade excessivamente tecnológica, massificada e global, na qual a ação humana é muitas vezes anônima, podendo causar riscos globais, com capacidade de ocorrerem num *tempo e lugar* amplamente *distanciados*<sup>269</sup> da ação que lhes deu causa, podendo ter como consequência, inclusive, a extinção da vida.<sup>270</sup>

---

constituído pelas exigências mínimas de defesa do ordenamento jurídico; dentro desta moldura de prevenção geral positiva a medida da pena será encontrada em função de exigências de prevenção especial, máxime, de socialização." (DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas básicos da doutrina penal**. Portugal: Coimbra Editora, 2001. p.155-157).

<sup>266</sup> *Ibid.*, p.157.

<sup>267</sup> BECK, 1986 *apud Ibid.*, p.158.

<sup>268</sup> *Id.*

<sup>269</sup> Conferir, a este respeito, o artigo de: GAUER, Ruth M. Chittó. Conhecimento e aceleração: mito, verdade e tempo. Separata de: **Revista de História das Idéias**, v.23. Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, 2002. p.85-96.

<sup>270</sup> DIAS, *op. cit.*, p.158.



Posto isso, questiona Figueiredo Dias:

Como pode continuar a manter-se a idéia – que todavia, uma vez mais, parece implantada mesmo no cerne do princípio da culpa – de que o delito doloso de acção constitui a forma "normal" e paradigmática de aparecimento do crime, quando a contenção dos grandes riscos exige, pelo contrário, uma criminalização expansiva dos delitos de negligência e de omissão? Como poderão finalmente – para não alargar em demasia o rol das dificuldades – manterem-se os princípios que presidem à definição da autoria singular, quando, como ficou para trás assinalado, existirá as mais das vezes uma radical distância temporal e espacial entre a acção e o resultado (trate-se de resultado de dano ou de resultado de perigo) em que se consubstanciam e se exprimem os grandes riscos?<sup>271</sup>

E assim sendo, em relação ao paradigma penal atual, Figueiredo Dias aponta algumas vias de superação do paradigma penal atual e suas respectivas críticas.

#### **a) A restrição da função penal à tutela de direitos individuais**

A primeira via de superação do paradigma penal atual é a da restrição da função penal à tutela de direitos individuais<sup>272</sup>. Esta é a postura dos Teóricos Críticos do Direito Penal, que defendem a necessidade de o Direito Penal atuar apenas em seu âmbito clássico de tutela de direitos individuais juntamente com seus critérios experimentados de aplicação. Isto porque o Direito Penal não pode ser um instrumento de tutela perante os riscos da sociedade atual, sob pena de nada ganhar em uma proteção pessoal e social efetiva e se perder a defesa dos direitos, das liberdades e das garantias tão inerentes ao Iluminismo Penal. Recusam, portanto, a construção do "Direito Penal de Risco", sendo que as condutas de risco devem ser tuteladas por outros ramos jurídicos. A alternativa de outro ramo jurídico sugerida para tutelar tais riscos inerentes à sociedade pós-industrial seria a criação de um novo ramo jurídico chamado "direito de intervenção".<sup>273,274</sup>

---

<sup>271</sup> DIAS, 2001, p.160/161.

<sup>272</sup> Os direitos individuais referidos dizem respeito àqueles constitucionalmente assegurados, pois o trabalho tem como pressuposto teórico o movimento de constitucionalização do Direito Penal.

<sup>273</sup> DIAS, 2001, p.164/165.

<sup>274</sup> Em nota de rodapé afirma o autor que a posição estampada neste parágrafo é uma síntese das ideias defendidas por muitos autores, dentre eles W. Hassemer e F. Herzog.

Esse "direito de intervenção", na verdade, seria um novo ramo da Ciência Jurídica situado entre o Direito Civil e o Direito Público<sup>275</sup>, visto que a tutela jurídico-penal não pode funcionar na primeira linha de combate a condutas ilícitas devendo, por seu caráter de fragmentariedade, surgir subordinada a uma exigência de que abarque apenas as ofensas inadmissíveis e, por isso, esteja sujeita a uma estrita assessoriedade, o que também não pode ser confundido com a atribuição de sanções administrativas, ainda que intensificadas, a condutas que se mostrem socialmente inadmissíveis, o que poderia desvirtuar completamente o princípio da subsidiariedade penal, conforme explica Jorge de Figueiredo Dias<sup>276</sup>:

[...] até um ponto em que uma tal solução significara nada menos que por o princípio jurídico-penal da subsidiariedade ou de ultima ratio "de pernas pro ar", ao subtrair à tutela penal precisamente as condutas socialmente tão gravosas que põem simultaneamente em causa a vida planetária, a dignidade das pessoas e a solidariedade com as outras pessoas – as que existem e as que hão de vir.<sup>277</sup>

Afirma Winfried Hassemer que a Teoria Crítica do Direito Penal tem como base três exposições literárias: a tese de doutorado de Felix Herzog e dois estudos de Hassemer: um sobre prevenção, publicado na revista *Jus Ensino Jurídico* em 1987, e outro sobre a natureza simbólica do Direito Penal, que fora publicado na *Nova Revista de Direito Penal*, em 1989.

Stratenwerth aponta duas considerações sobre a via de superação apresentada pelos Teóricos Críticos do Direito Penal: o não reconhecimento da necessidade de superação da razão técnico-instrumental na pós-modernidade e o que ele denomina de "índole moral":

[...] não valerá a pena, nem sequer será socialmente aceitável, o cultivo de um direito penal que, seja em nome de que princípios for, se desinteresse

---

<sup>275</sup> SILVA SÁNCHEZ, 2002, p.140.

<sup>276</sup> DIAS, *op. cit.*, p.166/167.

<sup>277</sup> *Id.*

da sorte das gerações futuras e nada tenha para lhe oferecer perante o risco existencial que sobre elas pesa.<sup>278</sup>

Além das considerações feitas acima, há que se observar que o próprio princípio da subsidiariedade e fragmentariedade da intervenção penal estabelece um papel fundamental a meios não penais e mesmo não jurídicos no controle dos riscos que pesam sobre a humanidade. Porém não se pode admitir uma postura que esqueça que para isso são necessárias normas de comportamento aplicáveis aos casos mais graves para que se opere uma prevenção minimamente eficaz por meio da punição criminal das suas violações, afinal, é este o papel do Direito Penal.

No entanto, há que se atentar para o fato de que muito embora em determinados casos outros ramos do direito são ineficazes para coibir determinadas condutas, mas há outros em que uma sanção administrativa é mais eficaz que o próprio Direito Penal, pois este é a *ultima ratio*, a contenção do sistema jurídico quando mais nada é capaz de coibir condutas eleitas como nocivas ao convívio social.

Portanto, é notável a ideia de Hassemer do *Interventionsrecht*, do direito de intervenção, algo como um Direito Administrativo Sancionatório ou Sancionador, acerca do qual ainda não se tem uma clareza quanto à atuação, extensão e instrumentos, pois "... estes instrumentos – os de 'Interventionsrecht' – estão ainda em gestação e têm de ser desenvolvidos, inclusive teoricamente."<sup>279</sup>

---

<sup>278</sup> DIAS, 2001, p.166/167.

<sup>279</sup> *Ibid.*, p.166.

### **b) Funcionalização extrema da tutela penal**

Outra proposição é a funcionalização extrema da tutela penal (o Direito Penal do Risco) que apresenta uma diversidade de propostas e ensaios para a solução da questão penal, porém, todas convergindo no sentido de que é necessária a alteração do modo de produção da legislação penal devendo-se retirar uma parcela da reserva de competência dos órgãos parlamentares atribuindo-a aos executivos por meio das normas penais em branco; a tutela penal operando antes de uma eventual lesão de interesse socialmente significativo, "[...] até o ponto em que se perde, ao menos para a generalidade dos destinatários das normas, toda a ligação entre a conduta individual e o bem jurídico que em definitivo se intenta proteger"<sup>280,281</sup>; extensão do âmbito da tutela penal em assumida contradição à política criminal de intervenção mínima ou moderada como consequência das alterações propostas na dogmática jurídico-penal que visam enfraquecer a atuação de princípios clássicos do Direito Penal.

Para Jorge de Figueiredo Dias, não se pode adotar este Direito Penal de funcionalização extrema. Nem em partes e muito menos no todo. Isso porque se deve ter em vista que a referida concepção apresenta uma cegueira diante da necessidade de superação da razão técnica instrumental, da mesma forma que a Escola de Frankfurt, pois a doutrina do Direito Penal apega-se a ela e, se possível, prega sua intensificação, sob a forma de uma razão calculadora ou "actuarial" – até o ponto de aí se falar numa *actuarial justice*<sup>282</sup>, segundo Pedro Caieiro.

---

<sup>280</sup> DIAS, 2001, p.167.

<sup>281</sup> "[...] sem prejuízo de crença (justificada) nos benefícios que um pensamento funcional traz a doutrina jurídico-penal, não deve ver-se nele o alfa e o omega da concepção penal, antes importa reafirmar que e na preservação da dignidade da pessoa – da pessoa do delinquente e dos outros – "que radica o axioma onto-antropológico de todo o sistema penal". (*Ibid.*, p.168).

<sup>282</sup> "[...] o propósito da 'actuarial justice' não seria mais o de atuar sobre a vida de pessoas individuais, propondo-se definir a sua responsabilidade, fazendo os culpados 'pagar pelos seus crimes' ou transformando-os, mas o de regular certos grupos (de pessoas 'perigosas') como parte de uma estratégia de gestão dos riscos." (*Ibid.*, p.169).

Nesse sentido, Figueiredo Dias anota que se deve recusar a qualquer concepção penal de extensão da criminalização:

Por isso se tem de recusar uma "evolução" do paradigma penal que passe por pôr em causa a defesa consistente e efectiva dos direitos humanos, o pluralismo ideológico e axiológico, a secularização. Por isso, numa palavra, deve-se manter a recusa de qualquer concepção penal baseada na extensão da criminalização, onde o direito penal se transforme num instrumento diário de governo da sociedade e em promotor ou propulsor de fins de pura política estadual. Seria o agora tão apregoado Estado-Intervenção ou Estado-Prevenção que aqui reapareceria – estranhamente (ou talvez não!), o mesmo Estado que a dita Escola de Frankfurt também advoga, desde que ele seja radicalmente afastado do campo do direito penal e exclusivamente imputado ao âmbito do direito administrativo.<sup>283</sup>

Isso tudo conduziria a uma radical substituição do paradigma penal cuja base de legitimação agora é procurada na máxima eficiência do sistema de redução de danos globais referentes aos crimes pela redistribuição dos riscos tanto no plano da prevenção como da repressão<sup>284</sup>, o que é condenável, pois a eficiência não pode ser base de legitimação democrática e não é possível visualizar como um sistema de justiça atuarial possa eximir-se a cair numa nova e ainda mais condenável justiça de classes, substituindo os antigos explorados por novos excluídos.<sup>285</sup>

### **c) Expansão do Direito Penal**

Entre as duas posições extremas acima expostas, há outras tentativas de solucionar o problema por uma via intermediária que corre sob o desígnio geral de expansão do Direito Penal e que possui, basicamente, três concepções teóricas, sendo elas: o Direito Penal de Duas Velocidades, o Direito de Mera Ordenação Social e o Direito Penal Secundário.

---

<sup>283</sup> DIAS, 2001, p.169.

<sup>284</sup> *Id.*

<sup>285</sup> FRANCO *apud Id.*

### i) Direito Penal de Duas Velocidades

Tem como representante Jesús-María Sánchez, cujas ideias possuem a simpatia de Alberto Silva Franco, e que faz propõe uma política criminal e uma dogmática jurídico-penal *duais* ou *dualistas* consubstanciadas num Direito Penal de Duas Velocidades. Neste, há um núcleo de Direito Penal em que valeriam, sem quaisquer modificações, os princípios de Direito Penal clássico, isto é, um "núcleo duro" dirigido à proteção de bens jurídicos individuais, com individualização da responsabilidade, da culpa e autoria, sendo que a pena privativa de liberdade seria aplicável exclusivamente a esses casos. Na periferia ou no "âmbito lateral" deste núcleo central está outro tipo de Direito Penal, especificamente direcionado aos grandes e novos riscos da sociedade atual, em que os princípios clássicos de Direito Penal liberal devem estar amortecidos ou mesmo transformados, dando lugar a outros significados aos princípios já existentes ou à criação de novos princípios.<sup>286</sup>

A doutrina do Direito Penal de Duas Velocidades consiste nos dizeres do próprio Jesús-María Silva Sánchez:

Uma primeira velocidade, representada pelo Direito Penal "da prisão", na qual haver-se-iam de manter rigidamente os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais; e uma segunda velocidade, para os casos em que, por não tratar-se (sic) já de prisão, senão de penas de privação de direitos ou pecuniárias, aqueles princípios e regras poderiam experimentar uma flexibilização proporcional a menor intensidade da sanção.<sup>287</sup>

Portanto, Silva Sánchez ao propor duas velocidades de Direito Penal, prevê, em certa medida, um Direito Penal garantista, pertencente "ao núcleo duro", para as penas privativas de liberdade, as quais, com a intervenção da criminologia radical e da política criminal, deverão ser adstritas à criminalidade violenta no que concerne à violação de direitos individuais constitucionalmente tutelados<sup>288</sup>, como a vida, a

---

<sup>286</sup> DIAS, 2001, p.171/172.

<sup>287</sup> SILVA SÁNCHEZ, 2002, p.148.

<sup>288</sup> Aqui foi inserida a referência a direitos individuais constitucionalmente tutelados, muito embora não seja a terminologia utilizada por Winfried Hassemer, um dos expoentes da via de superação do paradigma penal atual pela restrição da tutela penal a direitos individuais e pelo desenvolvimento de um direito de intervenção, devido ao movimento crescente na doutrina, na qual se desta Juarez Cirino dos Santos, de constitucionalização do Direito Penal e que, para a autora, é essencial, principalmente no que concerne à definição dos direitos individuais como bens jurídico-penais.

integridade física etc. e que se assemelha, neste mote, à proposta de restrição da tutela penal a direitos individuais, ao mesmo tempo em que o "âmbito lateral" deste núcleo duro garantista assemelha-se ao direito de intervenção proposto por Hassemer, diferenciando-se dele ao ter como tarefa a imposição de uma sanção de natureza criminal.

## ii) Direito de Mera Ordenação Social

O Direito de Mera Ordenação Social pertence ao sistema jurídico português e é uma forma integrada de descriminalização e que se coaduna com o princípio da subsidiariedade do Direito Penal. Trata-se de um programa político-criminal que criou a figura dos "ilícitos contra-ordenacionais", assim definidos por conta da pequena importância das infrações por ele abarcadas, reconduzindo-as a um puro Direito Penal de bagatelas, e atribuindo, inclusive, competência para a apreciação dessas infrações a tribunais mais céleres e simplificados.<sup>289</sup>

Esses ilícitos são uma resposta sancionatória específica do Estado a determinadas áreas de intervenção que não poderiam mais ser deixadas sem um controle efetivo por conta de sua importância social, como, por exemplo, a tutela do meio ambiente, aspectos diversos da economia nacional, intervenção preventiva no direito dos consumidores, mas que não justificavam uma resposta de tutela penal de acordo com as valorações então dominantes.<sup>290</sup>

Porém apartir dos anos noventa houve um alargamento das áreas de intervenção do Direito de Mera Ordenação Social a setores para os quais ele não era destinado, em particular os circuitos econômicos e tecnológicos de grande complexidade. E o problema disso é que esta tendência não fora acompanhada por qualquer evolução nos delitos contraordenacionais como, por exemplo, "[...] princípios de 'flexibilização controlada' assentes na proteção antecipada de interesses coletivos mais ou menos indeterminados, sem espaço, nem tempo, nem

---

<sup>289</sup> CORREIA, Eduardo. Direito penal e direito de mera ordenação social. In: INSTITUTO DE DIREITO PENAL ECONÓMICO E EUROPEU DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA. **Direito penal económico e europeu**: textos doutrinários. Coimbra: Coimbra Editora, 1998a. v.1. p.5.

<sup>290</sup> CORREIA, 1998a, p.5 e 212.

autores, nem vítimas, definidos ou definíveis e por conseguinte, numa palavra, de 'menor intensidade garantística'.<sup>291</sup>

### iii) Direito Penal Secundário

O Direito Penal Secundário tem como autor principal o português Jorge de Figueiredo Dias. Ao contrário do que pensam muitos, o Direito de Mera Ordenação Social e o Direito Penal Secundário são coisas distintas como infere o citado autor:

[...] o direito de ordenação constitui uma espécie de limite negativo de todo o direito penal, neste, incluído o direito penal administrativo; por outro lado, a de que, se o direito penal secundário é, na sua essência e no seu âmbito, direito penal administrativo, ele não é direito de mera ordenação, e, sim, verdadeiro direito penal.<sup>292</sup>

No direito das contra-ordenações, diferentemente, estão em causa advertências sociais, sanções ordenativas ou coimas que, ainda quando possam igualmente dizer-se "administrativas", não constituem penas mas medidas[*sic*] sancionatórias de carácter não penal. [...] Fica assim revelada a sem-razão da doutrina dominante, que vê no direito penal administrativo o antecessor do direito das contra-ordenações.<sup>293</sup>

De acordo com Dias, é no âmbito da ilicitude material das condutas, é na indiferença ética das condutas consideradas como ilícitas. Nos delitos de ordenação social é a conduta em si mesma, e não o ilícito, que é axiologicamente<sup>294</sup> neutra. A conduta contraordenacional uma vez divorciada da proibição legal é uma conduta axiologicamente neutra. Ele chama estas diferenças de "critério material de distinção" elegendo-o como o mais importante para fundamentar a distinção, porém o que não significa repudiar a necessidade de critérios adicionais em zonas limítrofes onde a distinção entre os ilícitos penais e contraordenacionais perdem seus contornos.

---

<sup>291</sup> DIAS, 2001, p.171/172.

<sup>292</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma dogmática do direito penal secundário. In: INSTITUTO DE DIREITO PENAL ECONÓMICO E EUROPEU. **Direito penal económico e europeu**: problemas gerais. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. v.1. p.48.

<sup>293</sup> *Id.*

<sup>294</sup> Segundo o Dicionário Aurélio Eletrônico – Século XXI, versão 3.0 de novembro de 1999, o verbete **Axiológico** é um adjetivo filosófico que é: 1. Concernente a, ou que constitui uma axiologia; 2. Concernente a, ou que constitui um valor.



É possível descortinar, na aparente multiplicidade e diversidade do direito penal extravagante – e, *hoc sensu*, secundário – conexões fundantes de sentido que permitem reconduzi-lo, sobretudo no que toca ao direito penal económico e social, a um âmbito específico do direito penal. Este âmbito revela-se uma espécie de entreposto – se bem que pertencente ainda ao direito penal – entre o direito penal clássico codificado e o direito das contra-ordenações e corresponde ao modo-de-ser actual do tradicionalmente chamado direito penal administrativo.

Daqui se pode concluir que, ao lado do novo Código Penal e da lei-quadro vigente do direito das contra-ordenações (Decreto-Lei n.º 433/82), o ordenamento jurídico-penal português do futuro deve ver-se dotado de uma lei-quadro sobre o direito penal económico e social. Desta lei deverá esperar-se que clarifique a aplicação do direito penal secundário, vigente e futuro, e que ponha limites implícitos à futura actividade legislativa penal extravagante, vinculando-a aos princípios válidos na matéria, evitando a inflação incriminatória e facilitando a reflexão sobre a constitucionalidade das leis penais avulsas.<sup>295</sup>

A partir do exposto é possível identificar nos meios de comunicação e em diplomas legislativos brasileiros, como a lei de crimes ambientais, os crimes tributários e previdenciários, por exemplo, que há uma tendência à adoção como via de superação do paradigma penal atual a funcionalização extrema do Direito Penal com a consequente flexibilização de princípios clássicos de Direito Penal transformando-os em novos princípios ou atribuindo-lhes novos conteúdos, que tenham menor intensidade garantística, o que culmina no "afrouxamento" da atuação de princípios fundamentais tão caros ao Direito Penal.

#### 2.4.2 Criminalidade econômica

Para o norte-americano Edwin Sutherland, a criminalidade econômica é "caracterizada por ser praticada por pessoas de respeitabilidade e elevado estatuto social, no decurso de sua profissão."<sup>296</sup> O problema do referido conceito é que está atrelado à concepção de criminalidade econômica, ou seja, ao conceito tipológico de agente. Além disso, existem várias condutas que ferem regras da ordem econômica e que são praticadas por "homens de colarinho branco", mas que, entretanto, não

---

<sup>295</sup> DIAS, 1998, p.72-73.

<sup>296</sup> SUTHERLAND, Edwin H. **White collar crime**. New York: The Dryden, 1961. p.47 e seguintes, e 219 e seguintes.

constituem crimes. Em contrapartida existem muitas ações violadoras da ordem econômica que são praticadas por homens de inferior classe social<sup>297</sup>.

As concepções de criminalidade econômica de Clinard e Quinney são no sentido de que se trata de uma delinquência ligada à profissão: o chamado *occupation crime*. Utilizam somente uma parte da concepção de Sutherland, mas, ainda assim, tais compreensões mostram-se estreitas, tendo em vista que há crimes a sistematizar, dentre os econômicos, que não estão ligados a uma ocupação profissional, como, por exemplo, a emissão de cheques sem fundo.<sup>298</sup>

Hans Joachim Schneider elaborou uma teoria quanto à criminalidade econômica no sentido da existência de uma teia criminosa, tecida por um fio criminoso com o objetivo de desencadear uma lucratividade astronômica num projeto racional de dominação econômica criminosa internacional, fundado em três grupos de atuação independente, na tripartição organizacional, mas que possuem muitas ramificações e conexões ativas entre si. Um dos grupos é o central ou nuclear que tem como principal atribuição aprovisionamento, o transporte e a distribuição dos bens ilegais, normalmente por meio da coação e corrupção. Um segundo grupo tem como função a proteção institucional de toda a rede chamando para ela a política, a economia, a justiça, criando bolsas e espaços para sua atuação política. E, por fim, um terceiro grupo com a finalidade de estabelecer meios para lavar o dinheiro conseguido de forma ilegal, operando ligações com instituições bancárias, cassinos e outras sociedades legalmente constituídas.<sup>299</sup>

Para lidar com a criminalidade econômica<sup>300</sup>, segundo José de Faria Costa, devemos delimitá-la e percebê-la mediante critérios que observem a racionalidade

---

<sup>297</sup> Sobre o conceito de classe elevada, média e inferior, cf. RIMANN e ZIRPIS-TERSTEGEN, 1973 *apud* SILVA, Luciano Nascimento. **O moderno direito penal econômico: a ciência criminal entre o econômico e o social**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 24 maio 2004.

<sup>298</sup> CORREIA, 1998a, p.309.

<sup>299</sup> SCHNEIDER, 1998 *apud* COSTA, José de Faria. O fenômeno da globalização e o direito penal econômico. In: PODVAL, Roberto (Org.); vários autores. **Temas de direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.17.

<sup>300</sup> Sobre o Direito Penal Econômico, ver: (1) CARVALHO, Márcia Dometila de. **Da fundamentação constitucional do direito penal econômico e da relevância do crime econômico e ambiental**. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - FADUSP, São Paulo, 1990; (2) CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito penal econômico. **Revista de Direito Penal e Criminologia**, Rio de Janeiro, n.33, p.197-201, jan./jun. 1982.

de custos e benefícios econômicos. O comportamento típico dessa criminalidade, segundo o autor, envolve o lucro a qualquer preço, a presença de ações violentas e inesperadas, ainda que este seja o preço pela continuidade dos "negócios", sendo um comportamento marcado pela ausência de qualquer tipo de "código de honra" ou "código de conduta". As organizações criminosas são assumidas como empresas de alto risco cuja atividade fundamental é a prática organizada de atividades criminosas que possibilitem lucros fabulosos, onde a relação entre o capital investido e o lucro obtido é quase infinitamente favorável no sentido do lucro. Isto porque no investimento de um capital relativamente pequeno há forte expectativa de lucro fabulosamente alto.<sup>301</sup>

Diante dos reflexos que a penalização da criminalidade econômica pode trazer ao Direito Penal de tradição garantista e tendo em vista que o Direito Administrativo Sancionador pode auxiliar na tarefa de conferir uma maior segurança à sociedade, seja por meio de sanções negativas seja por sanções positivas, o estudo dos ilícitos administrativos e sua relação com os ilícitos penais torna-se relevante.

---

<sup>301</sup> COSTA, 2000, p.18/19.

### 3 ILÍCITOS ADMINISTRATIVOS: A VERTENTE SANCIONATÓRIA DO DIREITO ADMINISTRATIVO OU O OBJETO DE UM NOVO RAMO DA CIÊNCIA DO DIREITO?

#### 3.1 INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS E PENAS: UMA APROXIMAÇÃO

##### 3.1.1 Relação jurídica administrativa e a imputação de sanções

Como afirma Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o enfrentamento do conceito de Direito Administrativo é feito por meio de variados enfoques, os quais podem ser aglutinados em dois grandes grupos: o grupo limitatório (de conceitos limitativos) e o ampliativo (de conceitos ampliativos).<sup>302</sup>

No primeiro está, segundo o referido autor, a Escola Francesa, a Escola Italiana e a Escola dos Serviços Públicos. Já no segundo, temos três subgrupos: (1) os teleológicos, entre os quais se inserem a Escola do Interesse Público, a Escola do Bem Público e a Escola dos Interesses públicos<sup>303</sup>; (2) os fenomenológicos, nos quais podemos acomodar a Escola Funcional e a Escola Subjetiva e, por fim, (3) os integrativos, em que se enquadram as Escolas Contemporâneas.<sup>304</sup>

Neste momento do presente trabalho, poderiam ser apresentados os conceitos de Direito Administrativo na história da disciplina, porém, tendo em vista que este não é o foco principal, optou-se por trazer a lume os conceitos dessa disciplina consagrados na doutrina pátria.

Dito isso, deve-se destacar que, para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o Direito Administrativo tem por objeto "[...] os órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas

---

<sup>302</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.43.

<sup>303</sup> Sobre o conceito de interesse público: BORGES, Alice Gonzales. Interesse público: um conceito a determinar. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.205, jul./set. 1996.

<sup>304</sup> MOREIRA NETO, *op. cit.*, p.42.

que integram a Administração Pública, a atividade jurídica não contenciosa que exerce e os bens de que se utiliza para a consecução de seus fins, de natureza pública."<sup>305</sup>

De acordo com José F. F. Tavares, trata-se do cabedal de normas que regem o setor ou domínio social da Administração Pública<sup>306</sup>: sua organização, funcionamento, atividades, sujeitos e relações jurídicas que envolvem os órgãos ou entidades do Poder Público.<sup>307</sup>

Hely Lopes Meirelles concebeu esse ramo do direito como o "[...] conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado."<sup>308</sup>

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, "[...] o direito administrativo é o ramo do direito público que disciplina a função administrativa e os órgãos que a exercem."<sup>309</sup>

Conforme Diogo Freitas do Amaral, deve ser definido *como* "[...] o ramo do direito público constituído pelo sistema de normas jurídicas que regulam a organização e o funcionamento da Administração Pública, bem como as relações por ela estabelecidas com outros sujeitos de direito no exercício da actividade administrativa de gestão pública."<sup>310</sup>

Dessas concepções é possível extrair que para se ter a noção de Direito Administrativo há a necessidade de mesclar os seguintes elementos: (1) as pessoas jurídicas ou entes que pertencem ao Poder Público; (2) a(s) função(ões) ou

---

<sup>305</sup> DI PIETRO, 2006. p.66.

<sup>306</sup> Administração Pública é uma expressão que pode ser compreendida de duas formas que se complementam: há o sentido orgânico ou subjetivo, segundo o qual a Administração Pública consiste no agrupamento de pessoas jurídicas de direito público, seus respectivos órgãos e serviços e que desenvolvem uma função ou atividade administrativa, e também o âmbito material ou objetivo em que se reconhece a Administração Pública pelo exercício da atividade administrativa. Nesse sentido, conferir: TAVARES, José F. F. **Administração pública e direito administrativo**. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2000. p.32 e 33.

<sup>307</sup> *Ibid.*, p.32.

<sup>308</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34.ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p.40.

<sup>309</sup> MELLO, C. A. B., 2007, p.37.

<sup>310</sup> AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de direito administrativo**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2001. v.1. p.130.

atividade(s) que são exercidas por esses sujeitos e (3) as relações jurídicas em que estejam presentes esses sujeitos.

No que concerne a esse terceiro elemento, o das relações jurídicas travadas entre ou perante a Administração Pública, a que mais interessa para este estudo é a que decorre do poder/prerrogativa que autoriza o Estado a imputar sanções.

Trata-se, portanto, de uma área de penumbra no sistema jurídico em que há uma inter-relação entre Direito Administrativo, Direito Econômico, Direito Ambiental, Direito Tributário, Direito Financeiro e Direito Penal, todos ramos do chamado Direito Público, em que ocorre a imputação de sanções pelo Poder Público, o que leva à indagação acerca da existência ou não de um único Poder Punitivo Estatal.

### 3.1.2 As manifestações do poder punitivo estatal

Partindo-se das concepções de sanções jurídicas positivas e negativas, pode-se dizer que o monopólio do poder de punir do Estado, ao vedar a autotutela e a vingança privada, cria para o ente estatal o dever de proteger o cidadão. Essa proteção deve ocorrer de duas formas. Primeiro, deve-se estabelecer quais normas devem regular a convivência social e, uma vez escolhidas, devem ser transformadas em regras jurídicas positivas. Nessas regras devem estar previstas as condutas proibidas e fomentadas pelo direito, bem como as formalidades que devem ser observadas para a atribuição das consequências jurídicas pertinentes, seja na hipótese de violação, seja na observância da conduta fomentada pelo ordenamento.<sup>311,312</sup>

---

<sup>311</sup> Englobando-se, aqui, a noção de sanção positiva. Sobre o tema é interessante registrar o chamado "*soft law*".

<sup>312</sup> "O monopólio do poder de punir do Estado, com a proibição da *vingança privada* nas sociedades modernas, implica desdobramentos necessários. Primeiro, o monopólio do poder de punir cria para o Estado o dever de proteger os cidadãos contra fatos criminosos, mediante normas legais materiais e processuais de definição de crimes e de punição dos autores. Segundo, o monopólio do poder punitivo do Estado reduz a insegurança social, mas aumenta o risco de condenar acusados inocentes ou adversários políticos do poder. Terceiro, a proteção de inocentes contra abusos do poder punitivo pressupõe a criação de garantias constitucionais e legais, sintetizadas no conceito de *processo legal devido* do moderno Estado Democrático de Direito – também expressas no princípio *nulla poena sine culpa*." (SANTOS, 2008b, p.671).

É ao Direito Administrativo (principalmente pelas manifestações do poder de polícia, disciplinar e hierárquico) e ao Direito Penal que a grande maioria dessas manifestações do ordenamento jurídico é dirigida, o que leva a uma concepção teórica que reconhece a unidade do *ius puniendi*, o qual engloba tanto as normas penais quanto as administrativas (principalmente as de caráter repressivo).

Alejandro Nieto, assim como Fábio Medina Osório, anota que a concepção de um poder punitivo estatal único, advindo das normas de direito público, é uma idéia marcante na doutrina.

A partir disso, pretende-se identificar a existência ou não de alguns pontos de congruência e, eventualmente, de distanciamento entre o *ius puniendi* característico da seara penal e a prerrogativa sancionadora da Administração Pública, para que se possa afirmar ou não tal unidade, bem como demonstrar suas consequências e apresentar as críticas que se mostrem pertinentes.<sup>313314</sup>

a) *Ius puniendi*

O *ius puniendi* é abordado nas primeiras lições das doutrinas penal e processual penal que apresentam noções dessa prerrogativa mais adaptadas às ciências jurídicas criminais.

Na obra de José Júlio Lozano Júnior o *ius puniendi*, compreendido como poder de punir estatal, é dividido em duas fases. Na primeira, que pode ser chamada de etapa do *ius puniendi* em abstrato, opera-se a prevenção geral e o Estado soberano estabelece quais condutas serão reguladas pelo direito e, dentre elas, quais serão eleitas pelo Direito Penal e tratadas a partir da técnica legislativa do *tatbestand*<sup>315</sup>. Na segunda, o *ius puniendi* manifesta-se concretamente, ocasião da prevenção especial,

---

<sup>313</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 2.ed. São Paulo: RT, 2005. p.120.

<sup>314</sup> NIETO, 2008, p.26.

<sup>315</sup> "A doutrina do *Tatbestand* representa na dogmática penal 'a versão técnica do apotegma político *nullum crimen sine lege*', como quer M. Jiménez Huerta, ou 'o precipitado técnico do princípio da legalidade', para lembrarmos da expressão de G. Bettiol. Vale dizer que o *tatbestand* traduz, em termos técnicos jurídicos, a exigência de certeza na configuração das figuras delituosas, limitando o arbítrio dos governantes e, principalmente, daqueles que julgam." (LUIZI, Luis. **O tipo penal e a teoria finalista da ação**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1987. p.13).

em que o Estado manifesta seu poder soberano punindo o infrator da lei anteriormente prevista no ordenamento jurídico.<sup>316</sup>

Quando o Estado se depara com uma infração à norma penal, o *ius puniendi*, até então abstrato, passa a ser concreto, estabelecendo-se a relação jurídico-punitiva entre o Estado e o infrator, também chamada de punibilidade.<sup>317-318</sup>

Após o estabelecimento dessa relação *in concreto*, devem ser observadas as formalidades processuais para que se verifique a ocorrência ou não do delito. Constatados todos os níveis do conceito estratificado do delito, ou seja, a ocorrência de uma conduta humana, típica, antijurídica e culpável, impõe-se mediante decisão judicial transitada em julgado a sanção penal correspondente. Essa decisão transforma o *ius puniendi* concreto em *ius executionis*, isto é, no poder-dever de se fazer cumprir tal decisão<sup>319</sup>.

É importante observar que José Frederico Marques ensina que o *ius puniendi* é um direito de coação indireta, o que o diferencia, substancialmente, portanto, do Poder de Polícia.<sup>320</sup> O *ius puniendi* só pode ser aplicado ao infrator da norma penal se precedido do devido procedimento jurisdicional (*nulla poena sine iudicio*), portanto, mediante a intervenção do Poder Judiciário, não podendo ser imposta diretamente pelo Estado-Administração.<sup>321-322</sup>

---

<sup>316</sup> LOZANO JUNIOR, José Júlio. **Prescrição penal**. São Paulo: Saraiva, 2002. p.2.

<sup>317</sup> Sobre punibilidade e pretensão punitiva, deve-se esclarecer que: "Cometido o delito e nascendo a punibilidade, surge o tema da pretensão punitiva. Pretensão, segundo Carnelutti, é a exigência de subordinação de um interesse alheio ao interesse próprio. Pretensão punitiva é a exigência de que o poder-dever de punir do Estado subordine o direito de liberdade do cidadão. Se a pretensão punitiva do Estado é a exigência de punição, e se a punibilidade, que é a possibilidade jurídica de imposição da sanção penal, surge do direito concreto de punir, confundem-se os conceitos de punibilidade e de pretensão punitiva." (JESUS, Damásio de. **Prescrição penal**. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.3-4).

<sup>318</sup> *Ibid.*, p.1-3.

<sup>319</sup> Sobre a execução das sanções administrativas: BORES, Alfonso Ybarra. **La ejecución de las sanciones administrativas en el ámbito de la Unión Europea**. Sevilla: Junta de Andalucía. Consejería de la Presidencia, 2006.

<sup>320</sup> A partir dessa concepção, pode-se afirmar que, ainda que indiretamente, José Frederico Marques não concebe a unidade do *ius puniendi*.

<sup>321</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Bookseller, 1997. v.1. p.26.



Mas esse *ius puniendi*, como um poder-dever estatal de punir, sofre a limitação, além do princípio da legalidade, inafastável em um Estado Democrático de Direito, de dois institutos que conferem certo contorno a esse "direito de punir" e que são a prescrição<sup>323</sup> e a decadência<sup>324</sup>.

Feitas essas considerações sobre o poder punitivo pelo viés penal, serão trazidas na sequência algumas considerações sobre as manifestações repressivas no âmbito do Direito Administrativo, quais sejam, os "poderes" da Administração Pública, adiante abordados.

---

<sup>322</sup> Ainda, neste ponto, cabe registrar que para que sejam imputadas sanções administrativas deve ser observado um prévio procedimento administrativo.

<sup>323</sup> Especificamente sobre os fundamentos e a natureza jurídica da prescrição penal, registre-se as considerações de Fábio André Guaragni: "O estabelecimento dos fundamentos da prescrição é tema cuja discussão se perpetua, no âmbito da doutrina penal há mais de dois séculos, sem contudo haver-se chegado a um consenso." "Em suma, a prescrição é ontologicamente idêntica no direito penal e no direito civil, representando o apagar dos efeitos do direito pelo transcurso do tempo, possuindo a mesma *ratio essendi* em qualquer ramo do ordenamento jurídico. O motivo que faz com que se apaguem os efeitos jurídicos do direito (direito reparatório e *ius puniendi*) associa-se ao desgaste dos fundamentos do próprio direito pelo decurso do tempo. Portanto, não é que a prescrição seja um instituto diverso segundo atue em âmbito civil ou penal, e sim, que as relações jurídicas sobre as quais incide têm características diversas." e "Ora, a natureza jurídica de um instituto qualquer se define a partir dos campos onde produz efeitos, sendo que a irradiação destes não se concreta, necessariamente, aos fundamentos em que está alicerçado. Neste diapasão, a prescrição penal possui natureza mista, pois obsta tanto o exercício da ação ou da execução da pena, como veda o exercício do direito de punir (impor a pena no caso concreto) e o direito de executar (*ius executionis*), fazendo-o simultaneamente e irradiando seus efeitos em seara penal e processual penal." (GUARAGNI, Fábio André. **Prescrição penal e impunidade**: crítica ao sistema prescricional brasileiro. Curitiba: Juruá, 2000. p.25, 33 e 50-51, respectivamente).

<sup>324</sup> **"Decadência** – Perecimento, perda ou extinção, de um direito material em razão do decurso do tempo, por não o ter seu titular exercido durante o prazo que a lei estipula. Também se diz *caducidade*. A petição inicial será indeferida se o juiz verificar a decadência ou a prescrição. [...] Não se confunde com a *prescrição extintiva*, na qual ocorre a perda de uma pretensão, de exercitar uma ação; na decadência, o que se perde é o próprio direito material. Além disso, a prescrição precisa ser alegada pelo interessado para que se produzam efeitos judiciais; já a decadência pode ser declarada de ofício pelo juiz. A decadência relaciona-se com direitos cujo exercício está limitado no tempo, isto é, ou são exercidos no prazo da lei ou desaparecem. O prazo, desde que iniciado, não pode ser suspenso ou interrompido, segue até o final; já o da prescrição admite suspensão ou interrupção. Outra diferença básica é que a decadência é oponível contra todos (*erga omnes*), e a prescrição não o é com relação aos menores de 16 anos ou portadores de doenças mentais." (GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário técnico jurídico**. 6.ed. rev. atual. São Paulo: Rideel, 2004. p.231).

- b) O Poder de Sancionador da Administração Pública e as relações de sujeição geral e especial<sup>325, 326</sup>

O "poder" de sancionar (*potestad sancionadora*) da Administração Pública está, em geral, atrelado na doutrina administrativa aos chamados "poderes" de polícia, hierárquico e disciplinar.

Na dogmática do Direito Administrativo, eles estão ao lado dos poderes normativo ou regulamentar<sup>327</sup>, discricionário e vinculado<sup>328</sup>, porém os dois últimos não podem ser considerados poderes autônomos.

Como adverte Di Pietro o poder vinculado não diz respeito a uma prerrogativa estatal, mas sim, a uma restrição aos ditames da lei, uma ausência de liberdade, cabendo à autoridade administrativa a emissão "automática" do ato administrativo uma vez que se constate a situação descrita no texto legal. Já no poder discricionário há uma ideia de prerrogativa – que também não pode ser confundida com arbitrariedade – em que o legislador confere um espaço de liberdade para a autoridade administrativa avaliar certos aspectos do caso concreto.<sup>329</sup>

---

<sup>325</sup> As relações especiais de sujeição são consideradas por Miriam Wimmer "uma categoria anacrônica, desnecessária e perigosa" e que carece que construções doutrinárias que justifiquem a sua utilização. (WIMMER, Miriam. As relações de sujeição especial na administração pública. **Revista de Direito Público**, n.18, p.51, out./nov./dez. 2007). Mas observe-se que se utiliza aqui a expressão para caracterizar um específico elo entre o sujeito e a Administração Pública que caracteriza uma relação diferenciada entre esses sujeitos, mas sem significar uma maior restrição aos direitos fundamentais dos envolvidos.

<sup>326</sup> Sobre as relações de sujeição especial, conferir: (1) *Ibid.*, p.31-54; (2) HERRARTE, Iñaki Lasagabaster. **Las relaciones de sujecion especial**. Madrid: Civitas, 1994; (3) BENITEZ, Marian Lopez. **Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción**. Madrid: Civitas, 1994; (4) MACHO, Ricardo García. **Las relaciones de especial sujeción en la constitución española**. Madrid: Editorial Tecnos, 1992.

<sup>327</sup> Sobre o tema, destaque-se: (1) ALCÁZAR, M. Baena del. Instrucciones y circulares como fuente del derecho administrativo. **Revista de Administración Pública**, n.48, p.107-126, 1965. Disponível em: <[http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1965\\_048\\_107.PDF](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1965_048_107.PDF)>; ARÉVALO, Francisco Clavero. La doctrina de los principios generales del derecho y las lagunas del ordenamiento administrativo. **Revista de Administración Pública**, n.07, p.51-104, 1952. Disponível em: <[http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1952\\_007\\_051.PDF](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1952_007_051.PDF)>.

<sup>328</sup> DI PIETRO, 2006. p.101.

<sup>329</sup> "O chamado 'poder vinculado', na realidade, não encerra 'prerrogativa' do Poder Público, mas, ao contrário, dá ideia de **restrição**, pois, quando se diz que determinada atribuição da Administração é vinculada, quer-se significar que está sujeita à lei em praticamente todos os aspectos. O legislador, nessa hipótese, preestabelece todos os requisitos do ato, de tal forma que, estando eles presentes, não cabe à autoridade administrativa senão editá-lo, sem apreciação de aspectos concernentes à oportunidade, conveniência, interesse público, equidade. Esses aspectos foram

Antes de adentrar ao exame dos poderes, cumpre registrar, como o fez Di Pietro, que muito embora o vocábulo "poder" transpareça a ideia de que se trata de uma faculdade, esse termo é empregado, em verdade, no sentido de poder-dever, isto é, de uma prerrogativa irrenunciável da Administração Pública e que deve ser exercida dentro dos limites legais.<sup>330</sup>

No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello critica as concepções teórico-administrativas que arrolam poderes da Administração Pública, e esclarece que esse tipo de organização metodológica exalta uma concepção autoritária do Direito Administrativo. Este acaba sendo representado como um ramo do direito aglutinador de "poderes desfrutáveis pelo Estado em sua feição administrativa" em lugar de ser concebido como fruto do Estado de Direito, como "[...] um conjunto de limitações aos poderes do Estado ou muito mais acertadamente como um conjunto de deveres da Administração em face dos administrados."<sup>331</sup>

Porém, tendo em vista que "poder" é um termo consagrado na dogmática administrativa, para facilitar a abordagem do tema, ele continuará sendo utilizado, porém, no sentido de poder-dever, prerrogativa competência.

Além das ressalvas quanto ao uso da palavra poder para arrolar as prerrogativas da administração pública, acima referidas, especificamente quanto à expressão poder de polícia há mais algumas considerações que devem ser registradas com o fito de evitar qualquer sorte de mal entendido.

O uso da expressão "Poder de Polícia" no âmbito do Direito Administrativo evoca, em alguma medida, como anota Bandeira de Mello, a pretérita época do Estado de Polícia – apresentado no primeiro capítulo do trabalho. Este momento histórico remete às prerrogativas do príncipe, e que podem, equivocadamente, ser atribuídas ao Poder Executivo, culminando em uma racionalidade que considera que há uma "[...] 'natural' titularidade de poderes em prol da Administração e como se

---

previamente valorados pelo legislador." E "A discricionariedade, sim, tem inserida em seu bojo a ideia de prerrogativa, uma vez que a lei, ao atribuir determinada competência, deixa alguns aspectos do ato para serem apreciados pela Administração diante do caso concreto; ela implica liberdade a ser exercida nos limites fixados na lei. No entanto, não se pode dizer que exista como poder autônomo; o que ocorre é que as várias competências exercidas pela Administração com base nos poderes regulamentar, disciplinar, de polícia, serão vinculadas ou discricionárias, dependendo da liberdade, deixada, ou não, pelo legislador à Administração Pública." (DI PIETRO, 2006, p.101).

<sup>330</sup> *Id.*

<sup>331</sup> MELLO, C. A. B., 2007, p.42.

dela emanasse intrinsecamente, fruto de um abstrato 'poder de polícia'."332. Outro equívoco decorrente dessa mentalidade do Estado de Polícia é considerar que o Poder Executivo pode agir sem supedâneo legal.<sup>333</sup>

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao lado de Marçal Justen Filho<sup>334</sup>, considera mais adequado o tratamento do "Poder de Polícia" sob o título de limitações administrativas à liberdade e à propriedade<sup>335</sup>, porém tendo em vista o uso "consagrado" dessa expressão, continua a utilizá-la em seu curso, assim como ela também será utilizada na abordagem aqui pretendida, porém, tomando os cuidados necessários quanto à carga histórica dessa expressão.

O Poder de Polícia<sup>336</sup> é "atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade ajustando-as aos interesses coletivos"<sup>337</sup>; "o conjunto de intervenção da Administração que tende a impor à livre ação dos particulares a disciplina exigida pela vida em sociedade"<sup>338</sup> e que possui um significado *lato*, que abrange os atos do poder Executivo e Legislativo mais amplos, como os regulamentos, e um mais restrito, que corresponde à polícia administrativa e que concerne às situações mais concretas como as autorizações, licenças e injunções, por exemplo.

A distinção entre polícia administrativa e judicial é realizada, de acordo com Marçal Justen Filho, a partir do critério da função exercida, sendo a polícia administrativa preventiva e a judiciária repressiva. A justificativa para a adoção desse critério reside

---

<sup>332</sup> MELLO, C. A. B., 2007, p.791.

<sup>333</sup> *Id.*

<sup>334</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p.385.

<sup>335</sup> Observa Celso Antônio que esta é uma nomenclatura utilizada notadamente pelos países europeus, exceto pela França.

<sup>336</sup> Também sobre poder de polícia: (1) ALTAMIRA, Pedro Guillermo. **Polícia y poder de policía: derecho penal administrativo, derecho penal disciplinario, poder de policía comunal**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963.

<sup>337</sup> MELLO, C. A. B., 2010, p.822.

<sup>338</sup> RIVERO, Jean. *Droit administratif*. 3.ed., 1965. p.368 *apud Ibid.*, p.823.

na afirmação de que um critério material não mais pode ser utilizado após a multiplicação das atividades da polícia administrativa.<sup>339</sup>

Essa concepção merece uma crítica porque há, em verdade, uma predominância da função preventiva nas atividades de polícia administrativa e repressiva na de polícia judiciária, sem que isso signifique ausência de controle preventivo por parte da polícia judiciária (como os crimes de perigo abstrato, por exemplo) e repressivo por parte da polícia administrativa (a aplicação de multa administrativa pela não observância de formalidades necessárias para a instalação de uma fábrica, *verbi gratia*). Portanto, considera-se adequado o conceito registrado por Bandeira de Mello:

A atividade conhecida entre nós como 'Polícia Administrativa' – hoje estudada, preferencialmente sob a designação de 'Limitações Administrativas à liberdade e à propriedade' – corresponde à ação administrativa de efetuar os condicionamentos legalmente previstos ao *exercício* da liberdade e da propriedade das pessoas, a fim de compatibilizá-lo com o bem estar social. Compreende-se, então, no bojo de tal atividade, a prática de atos preventivos (como autorizações, licenças), fiscalizadores (como inspeções, vistorias, exames) e repressivos (multas, embargos, interdição de atividade, apreensões).<sup>340</sup>

O fundamento para o exercício do poder de polícia, para Celso Antônio Bandeira de Mello, reside no dever de a Administração Pública implementar as leis de cunho administrativo de "supremacia geral", ou seja, aquelas normas oponíveis a todos os administrados.<sup>341</sup>

---

<sup>339</sup> "Alguns propugnam que a atividade de polícia administrativa é preventiva, enquanto a polícia judiciária teria atuação repressiva. A distinção não é satisfatória. O âmago da diferenciação reside em que a polícia judiciária desempenha atuação conexa e acessória em relação à função jurisdicional. Por essa razão é que se costumava afirmar que a atuação da polícia administrativa seria mais diretamente vinculada à prevenção de ilícitos, especialmente de natureza penal. A multiplicação de atividades de polícia administrativa conduziu à impossibilidade de fundar a distinção em face da polícia judiciária num critério material, relacionado com a natureza das atividades. Como resultado, o critério adotado se relaciona à vinculação da atividade ao desempenho da função." (JUSTEN FILHO, 2005, p.390).

<sup>340</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Serviço público e poder de polícia: concessão e delegação. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n.7, p.06, jul./ago./set. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 13 set. 2006.

<sup>341</sup> "O poder expressável através da atividade de polícia administrativa é o que resulta de sua qualidade de executora das leis administrativas. É a contraface de seu *dever* de dar execução e estas leis. Para cumpri-lo não pode se passar de exercer autoridade – nos termos destas mesmas leis – *indistintamente sobre todos os cidadãos que estejam sujeitos ao império destas leis*. Daí a 'supremacia geral' que lhe cabe." (MELLO, C. A. B., 2010, p.823).

Fernando Navarro Cardoso considera, a partir de uma visão unitária do sistema jurídico – que será objeto de análise na sequência – e do artigo 10.1 da Constituição Espanhola<sup>342</sup>, que a proteção dos direitos fundamentais é o fundamento e a finalidade do exercício do poder sancionador da administração, pois neles reside o fundamento da ordem política e da paz social, sendo os direitos fundamentais o substrato dos bens jurídicos tutelados.<sup>343</sup>

Porém, não são todas as regras administrativas que se aplicam à coletividade, ou seja, que constituem regras de supremacia geral, na nomenclatura utilizada por Fritz Fleiner.<sup>344</sup>

Há grupos específicos, como o de funcionários públicos, pessoas físicas e jurídicas que firmam contratos com o Poder público, estudantes de escolas públicas e presos, por exemplo, que em decorrência desses vínculos peculiares que possuem com a Administração pública estão sujeitos ao poder sancionador da Administração Pública em uma condição diferenciada que, na doutrina alemã, italiana, tal qual a espanhola, é chamada de relação de especial sujeição, sujeição especial, poder especial ou relação especial.

---

<sup>342</sup> "Artículo 10. 1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España."

<sup>343</sup> "[...] a tutela dos direitos fundamentais é a razão última que justifica a existência de um sistema sancionador. Só porque é necessário protegê-los é que existe tal sistema sancionador. Daqui segue-se que, na realidade, o sistema sancionador engloba outros âmbitos jurídicos distintos do administrativo e do penal, envolvendo outros ramos e instrumentos necessários para ter êxito na adequada tutela dos mesmos. Essa idéia cobra no presente trabalho, em particular, na Ciência Penal em geral, uma especial transcendência por ocasião do processo de expansão do Direito Penal. A análise e valoração do dito processo requer uma compreensão do «sistema penal» em sua globalidade. Nesse sentido, recupera hoje plena vigência a idéia de Von Liszt de 'gesamte Strafrechtswissenschaft', de Ciência global del Derecho Penal." (CARDOSO, 2001, p.24).

<sup>344</sup> Fritz Fleiner refere-se às regras de supremacia geral e supremacia especial com as expressões *puissance général* e *puissance particulier*. "Mais il y a de nombreuses obligations publiques qui ne proviennent pas de ce rapport de puissance general, mais d'un rapport de puissance particulier. Le citoyen qui devient fonctionnaire par exemple ou celui qui entre dans un établissement public (école, armée, prison) ou qui tombe sous le coup d'une surveillance fiscale particulière entrent dans un rapport de puissance particulier. Pouvoir hiérarchique (Dienstgewalt), pouvoir institutionnel (Anstaltgewalt), pouvoir de surveillance (Überwachungsgewalt), sont les principaux exemples de rapports de puissance particulier." (FLEINER, 1933, p.107).

Essas relações podem ser notadas por meio da identificação de algumas características, que podem se apresentar com uma maior ou menor intensidade, como demonstra Alfredo Gallego Anabitarte: (1) uma acentuada situação de dependência, da qual emanam obrigações; (2) um estado de liberdade limitada; (3) uma relação de cunho pessoal; (4) a impossibilidade de estabelecer de antemão a extensão e o conteúdo das prestações, assim como a intensidade das intervenções coativas; (5) a sujeição do indivíduo às ordens que emanam da lei; (6) que essa situação seja justificada em razão de um determinado fim administrativo; (7) alusão a um elemento de voluntariedade nessa situação de submissão e (8) admitir, expressa ou tacitamente, que a justificativa dessa relação reside na necessidade de eficiência e produtividade administrativa.<sup>345</sup>

Portanto, as relações especiais, por suas particularidades, estão fora do campo da supremacia geral, onde reside o Direito Administrativo Sancionador. Daí porque não serão abordados neste trabalho os matizes próprios derivados das relações especiais de sujeição, como aqueles pertinentes ao poder disciplinar<sup>346,347,348</sup> e ao hierárquico.<sup>349,350</sup>

---

<sup>345</sup> ANABITARTE, Alfredo Gallego. Las relaciones especiales de sujección y el principio de la legalidad de la Administración. **Revista de Administración Pública**, n.34, p.25, 1961.

<sup>346</sup> Sobre poder disciplinar, ilícitos administrativos e penais, conferir as obras: (1) TARAJANO, Francisco Eugenio Úbeda. Sanciones disciplinarias de derecho público: las relaciones entre ilícitos administrativos y penales en el marco constitucional. **Boletín de información del Ministerio de Justicia**, Espanha, año 61, n.2033, p.985-1030, 2007. Disponível em: <<http://www.mjusticia.es/cs/Satellite?blobcol=url&blobheader=application%2Fpdf&blobkey=id&blobtable=Boletin&blobwhere=1161677921179&ssbinary=true>>. Acesso em: 24 fev. 2010; (2) ARAÚJO, 1994. Conferir também: (1) BARROS FILHO, Mário Leite de. **Direito administrativo disciplinar da polícia**. 2.ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Edipro, 2007; (2) BONILHA, Ciro de Araújo Martins; BARROS FILHO, Mario Leite de. **Direito administrativo disciplinar**. São Paulo: Edipro, 2006. (Coleção Concurso Delegado de Polícia de São Paulo); (3) LUZ, Egberto Maia. **Direito administrativo disciplinar: teoria e prática**. 3.ed. São Paulo: RT, 1994.

<sup>347</sup> Sobre a diferença entre o ilícito disciplinar e o penal, conferir a opinião de Cerezo Mir: "Entre o ilícito disciplinar e o penal só há diferença de grau. O legislador estende a ameaça da pena às formas mais graves de ilícito disciplinar. A sanção disciplinar e a pena não se distinguem essencialmente. [...] A sanção disciplinar há de ser também justa, adequada à gravidade da infração e necessária. A sanção disciplinar, no entanto, dentro do limite fixado pela justiça, leva em conta não só os fins de prevenção geral e a prevenção especial, mas também as exigências de prestígio e de bom funcionamento da Administração. As sanções penais e às(sic) disciplinares são, por isso, independentes." e "A menor gravidade do ilícito disciplinar frente ao ilícito penal explica porque no Direito Disciplinar as condutas não estejam reguladas, com frequência em uma Lei [em sentido estrito], mas em disposições de caráter regulamentar, com uma simples habilitação legal. Sua definição não costuma ser exaustiva, nem vem vinculada expressamente a cada uma delas uma sanção determinada. As sanções disciplinares não são aplicadas, pelo mesmo motivo, pela jurisdição ordinária, mas pelas autoridades administrativas em resoluções, em geral, revogáveis." (CEREZO MIR, José. Sanções penais e administrativas no direito espanhol. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 1, n.2, p.33-34, abr./jun. 1993).

Ainda, as ações de polícia administrativa estão ligadas, de acordo com Marçal Justen Filho, à realização dos direitos fundamentais, conferindo contorno aos direitos individuais de forma a otimizar o convívio coletivo, ressaltando que deve ser retirada a subordinação dessa competência a conceitos imprecisos como "ordem pública", "bem comum", "interesse público"<sup>351</sup> que em lugar de satisfazer os direitos fundamentais, buscam atender aos interesses dos governantes.<sup>352</sup>

Um precedente francês relevante na temática do poder de polícia como instrumento de proteção dos direitos fundamentais é o "caso do arremesso de anões" de 1995<sup>353</sup> e, a partir, dele, Marçal Justen Filho faz a aproximação do poder de polícia

<sup>348</sup> O poder disciplinar também decorre da relação de hierarquia, porém, esses institutos não se confundem. No disciplinar não há que se falar, como no poder hierárquico, da distribuição e priorização das atividades, mas apenas no cumprimento das atribuições próprias do servidor ou do particular em colaboração com o poder público no exercício de suas funções.

<sup>349</sup> "*Hierarquia* pode ser definida como o vínculo de autoridade que une órgãos e agentes, através de escalões sucessivos, numa relação de autoridade, de superior a inferior, de hierarca a subalterno. Os poderes do hierarca conferem-lhe uma *contínua e permanente* autoridade sobre toda a atividade administrativa dos subordinados." e "Tais poderes consistem no (a) poder de comando, que o autoriza a expedir determinações gerais (instruções) ou específicas a um dado subalterno (ordens), sobre o modo de efetuar os serviços; (b) poder de fiscalização, graças ao qual inspeciona as atividades dos órgãos e agentes que lhe estão subordinados; (c) poder de revisão, que lhe permite, dentro dos limites legais, alterar ou suprimir as decisões dos inferiores, mediante revogação, quando inconveniente ou inoportuno o ato praticado, ou mediante anulação, quando se ressentir de vício jurídico; **(d) poder de punir, isto é, de aplicar as sanções estabelecidas em lei aos subalternos faltosos**; (e) poder de dirimir controvérsias de competência, resolvendo os conflitos positivos (quando mais de um órgão se reputa competente) ou negativos (quando nenhum deles se reconhece competente), e (f) poder de delegar competências ou de avocar, exercitáveis nos termos da lei." (MELLO, C. A. B., 2010, p.150-151, original sem destaques).

<sup>350</sup> CARDOSO, 2001, p.18.

<sup>351</sup> Essas expressões remetem à visão clássica do poder de polícia como instrumento da segurança e da ordem pública, conceito este que passou a adquirir novos significados a partir da incorporação de novos valores, como o da dignidade da pessoa, como destacou Gilles Lebreton.

<sup>352</sup> "A atividade de poder de polícia se orienta a produzir a realização de direitos fundamentais dos demais integrantes da coletividade. Traduz a concepção de que a convivência social acarreta a necessidade de limitação dos direitos individuais, de modo a evitar que a máxima liberdade de cada um produza a redução da liberdade alheia." e "É necessário afastar a subordinação dessa competência a cláusulas abstratas, destituídas de conteúdo preciso, tal como 'ordem pública', 'Bem Comum', 'interesse público', que propiciam a utilização do aparato estatal para fins que satisfazem antes o interesse do governante do que os direitos fundamentais." (JUSTEN FILHO, 2005, p.386).

<sup>353</sup> "Uma discoteca promovia uma espécie de 'competição, consistente em 'arremesso de anões à distância'. Não havia risco à integridade física dos interessados, os quais se prestavam a participar da atividade mediante remuneração. A municipalidade proibiu a atividade, invocando o poder de polícia. O Conselho de Estado reconheceu que o poder de polícia é orientado, também, à proteção da dignidade humana." (*Ibid.*, p.388-389).



do instituto do serviço público, o qual também está relacionado com esse valor e, portanto, ambos os institutos possuem finalidades qualitativamente semelhantes.<sup>354</sup>

O poder de polícia, tal qual a própria Administração Pública, subordina-se ao princípio da legalidade, e por que não dizer, à juridicidade. Isso porque não se trata de submissão apenas à legalidade formal, mas à sistemática de princípios e normas constitucionais.

Sob a ótica da norma de conduta, o poder de polícia é classicamente atrelado a um *non facere*, uma abstenção, eminentemente de caráter preventivo.<sup>355</sup>

Ainda, como ressalta Fritz Fleiner, no exercício do poder de polícia devem ser utilizadas apenas as medidas necessárias para a manutenção da segurança pública, atendendo-se à proporcionalidade entre as circunstâncias e a medida aplicada, salientando que o emprego das medidas mais enérgicas deve ser considerado como *ultima ratio*.<sup>356</sup>

Alejandro Nieto, expressando um entendimento um pouco diferente, considera que o objetivo do princípio repressivo fundamental é alcançar o cumprimento das normas estabelecidas no ordenamento jurídico de forma que não seja necessária a imputação de sanções. Isso tem como consequência outro preceito fundamental menos conhecido, mas segundo o qual a sanção negativa é a última medida a ser adotada pelo Estado e que é utilizada apenas quando todos os outros meios de coibir as condutas indesejadas se mostrem insuficientes ou falhos. Nesse sentido, o recurso ao Direito Penal deve ser a última tentativa de coibir as ações indesejadas, e dentre essas outras alternativas, a sanção administrativa negativa deve ser utilizada como "penultima" *ratio*.<sup>357</sup>

---

<sup>354</sup> JUSTEN FILHO, 2005, p.386.

<sup>355</sup> *Id.*

<sup>356</sup> "Il rentre dans la fonction de la police de prendre les 'mesures nécessaires' pour le maintien de la sécurité publique. La restriction à la liberté individuelle ne doit pas employer des canons pour l'irer sur des moineaux. Si par exemple un aubergiste vend de l'alcool contrairement aux clauses de l'autorisation d'exploiter un débit qui lui a été donnée, la police n'a pas le droit de fermer purement et simplement le débit ; elle dispose d'abord de moyens plus doux (peine d'exécution, peine de police). Le moyen le plus énergique doit toujours rester l'ultima ratio. L'intervention de la police doit être adéquate aux circonstances, elle doit être proportionnée." (FLEINER, 1933, p.246).

<sup>357</sup> "El principio represivo fundamental (o sea, el de que objetivo real de la potestad sancionadora es no tener que sancionar) se traduce inevitablemente en otro no menos conocido: la sanción es la 'ultima ratio' del Estado, quien sólo debe acudir a ella cuando no se puedan utilizar otros medios más convincentes para lograr que los particulares cumplan las órdenes y las prohibiciones." e "Yo

Esse poder sancionador da Administração Pública, tal qual o *ius puniendi* criminal, também é alcançado pela prescrição<sup>358</sup> e pela decadência, como anota Luis Alfredo de Diego Díes. A vontade do órgão administrativo em abdicar ou renunciar, ainda que implicitamente, ao exercício de seu poder/dever de sancionar<sup>359</sup>, não pode ser considerada como embasamento da prescrição, eis que sua pedra angular, para esse autor, é, em sede administrativa, a segurança jurídica e a interdição da arbitrariedade.<sup>360</sup>

A prescrição possui duas perspectivas no Direito Administrativo Sancionador: a do potencial sancionado e a da Administração Pública. Para o cidadão, ela é uma garantia de segurança, pois "o administrado tem direito a ter certeza até que momento é passível de persecução o ilícito que cometeu, sendo um interregno entre o cometimento do ilícito e a aplicação da sanção"<sup>361</sup>.

---

*no ignoro, desde luego, que lo que únicamente suele admitirse es que la pena sea la ultima ratio, mas no la infracción y sanción administrativas. Es decir, que se supone que el legislador sólo ha de acudir al Código Penal cuando resultan inútiles las demás medidas (incluida la legislación administrativa sancionadora) adoptadas o imaginadas para evitar determinadas conductas de los ciudadanos. Lo cual es cierto y correcto; pero dentro de esas 'demás medidas' o medidas no penales hay que dejar las sanciones administrativas para el último lugar."* (NIETO, 2008, p.35).

<sup>358</sup> Sobre prescrição: BARROSO, Luís Roberto. A prescrição administrativa no direito brasileiro antes e depois da Lei n.º 9.873/99. **Ciência Jurídica**, v.18, n.118, p.20-45, jul./ago., 2004.

<sup>359</sup> DÍES, Luis Alfredo de Diego. **Prescripción y caducidad en el Derecho Administrativo Sancionador**. Barcelona: Bosch, 2006. p.26.

<sup>360</sup> *Ibid.*, p.25 e 26. Tradução livre: "A prescrição supõe a atribuição ao mero transcurso de um período de tempo, previamente determinado, o radical efeito de extinguir a possibilidade de que os poderes públicos declarem ou imputem responsabilidade ao infrator. Surge, a prescrição, como uma limitação ao exercício tardio do direito sancionador, em benefício da segurança jurídica [...]. Sua fundamentação reside mais em razões de segurança jurídica que considerações de justiça material; sua justificação última é por um fim a uma situação de incerteza, contrária aos princípios da segurança jurídica e interdição de arbitrariedade (art. 9.3 da Constituição Espanhola)". No original: "*La prescripción supone atribuir al mero transcurso de un período de tiempo, previamente determinado, el radical efecto de extinguir la posibilidad de que por parte de los poderes públicos se declare o se reprima la responsabilidad del infractor. Surge, la prescripción, como una limitación al ejercicio tardío del derecho sancionador, en beneficio de la seguridad jurídica [...]. Su fundamentación radica más en razones de seguridad jurídica que en consideraciones de estricta justicia material; su justificación última es poner fin a una situación de incertidumbre, contraria a los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 de la CE).*"

<sup>361</sup> *Ibid.*, p.27-28. "*Para el primero [ciudadano], la prescripción supone una garantía de seguridad jurídica: el administrado tiene derecho a conocer con certeza hasta qué momento es perseguible el ilícito que cometió y se traduce en una contigüidad o inmediatez temporal entre la comisión de la infracción y la imposición de la sanción.*"

Já para a Administração Pública é um "virar a página" para que haja um foco nas novas infrações cometidas, muito embora o foco do poder público seja, muitas vezes, parar o andamento dos processos ficando restrita aos antigos expedientes, atravancando o andamento dos novos processos administrativos.<sup>362</sup>

c) A relação entre *ius puniendi* e poder sancionador administrativo

Há uma corrente doutrinária que defende a unidade do poder punitivo estatal, do qual emanam tanto o poder punitivo penal quanto o poder sancionador administrativo. Trata-se da Teoria Unitária do Poder Punitivo Estatal ou do *ius puniendi*.

Defendem essa concepção teórica Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández<sup>363</sup>, Fernando Navarro Cardoso<sup>364</sup>, Rafael Munhoz de Mello<sup>365</sup>; entretanto, esses autores não deixam de apresentar críticas sobre esse dogma, especialmente porque o direito é uma ciência humana, portanto, não exata.

---

<sup>362</sup> DÍES, 2006, p.28. "*Para la Administración, la prescripción es una exigencia derivada del principio de eficacia administrativa; así la prescripción responde a la necesidad de 'pasar página', pues la Administración no puede estar pendiente de lo que sucedió años atrás (máxime cuando, como es sabido, las infracciones administrativas no despiertan, por lo general, la alarma social propia de un delito); además, los plazos de prescripción desmesurados sólo consiguen que la Administración tenga que estar casi más pendiente de interrumpir tales plazos que de ejercer su potestad sancionadora, de manera que el esfuerzo en mantener vivos los casos más antiguos estorba y entorpece la rápida persecución de las infracciones recientes.*"

<sup>363</sup> ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. 5.ed. Madrid: Civitas, 1995. v.2. p.163

<sup>364</sup> "*El sistema jurídico-sancionador, como sistema de control social formal de reacción, tiene como características fundamentales: estar dirigido a las conductas desviadas más graves y, por tanto, hacer uso de los mecanismos más graves. Su fundamento principal se halla en el artículo 25 de la Constitución, que consagra, en su apartado primero, dos formas diferentes de manifestarse el mencionado sistema: bien pueden calificarse ciertas conductas como infracciones administrativas (Derecho Administrativo sancionador), o bien pueden apreciarse como delitos y faltas (Derecho Penal).*" (CARDOSO, 2001, p.23).

<sup>365</sup> Rafael Munhoz de Mello traz como pressuposto de sua dissertação de mestrado a concepção unitária do poder punitivo estatal: "O poder punitivo estatal, portanto, pode se manifestar através das sanções penais e das sanções administrativas, as primeiras impostas no exercício de função jurisdicional, as segundas no exercício de função administrativa. É dizer, tanto a sanção penal como a administrativa são manifestações de um mesmo poder estatal como a administrativa são manifestações de um mesmo poder estatal, o *ius puniendi*. Daí se falar em *unidade do poder punitivo estatal*, poder que abrange tanto as sanções penais (direito penal) como as sanções administrativas (direito administrativo sancionador)." (MELLO, R. M., 2008, p.45).

No que concerne às críticas, importante é o posicionamento doutrinário de Alejandro Nieto que anota que, muito embora a unidade do *ius puniendi* consista em uma premissa dogmática na doutrina e na jurisprudência espanholas<sup>366</sup> e que tem por consequência o estabelecimento de um sistema punitivo aparentemente completo e harmônico<sup>367</sup>, há alguns pontos de escuridão nesse "radiante panorama" que devem ser observados.

Muito embora Medina Osório<sup>368</sup> considere como consequência mais relevante dessa concepção a aplicação dos princípios de Direito Penal ao Direito Administrativo Sancionador, reforçando-se as garantias individuais, Nieto aponta uma incongruência nesse dogma.

Para Alejandro Nieto, não é o Direito Penal a matriz do Direito Administrativo Sancionador, mas sim o Direito Público estatal, o que explica a aproximação desse ramo jurídico com o direito criminal, porém sem a completa transposição dos princípios garantistas.<sup>369</sup>

---

<sup>366</sup> "Aceptada genéricamente la existencia de la potestad sancionadora de la Administración, doctrina y jurisprudencia se han puesto de acuerdo en la tesis que hoy es absolutamente dominante, a saber: la potestad penal de los Tribunales, de un *ius puniendi* superior del Estado, que además es único, de tal manera que aquéllas no son sino simples manifestaciones concretas de éste. El enorme éxito de tal postura – elevada ya a la categoría de dogma incuestionable – se debe en parte por razones ideológicas, ya que así se atempera el rechazo que suelen producir las actuaciones sancionadoras de la Administración de corte autoritario y, en parte, a razones técnicas, en cuanto que gracias a este entronque con el Derecho público estatal se proporciona al Derecho Administrativo Sancionador un soporte conceptual y operativo del que antes carecía." (NIETO, 2008, p.26).

<sup>367</sup> "La consecuencia de este modo de pensar ha sido el establecimiento de un sistema represivo singularmente completo y armonioso, superador de viejas contradicciones y capaz de resolver por sí mismo las dificultades teóricas y prácticas que todavía existen o que pueden ir surgiendo." (Id.).

<sup>368</sup> "A mais importante e fundamental consequência da suposta unidade do *ius puniendi* do Estado é a aplicação de princípios comuns ao Direito Penal e ao Direito Administrativo Sancionador, reforçando-se, nesse passo, as garantias individuais. O objetivo é fazer, de imediato, uma incursão teórica e histórica na formulação doutrinária – posteriormente incorporada à jurisprudência das Cortes Constitucionais europeias – em torno aos paradigmas da unidade do Direito Público Punitivo." (OSÓRIO, 2001, p.120).

<sup>369</sup> "Porque una vez integrada la potestad sancionadora de la Administración en el *ius puniendi* del Estado, lo lógico sería que aquélla se nutriera de la sustancia de la potestad matriz, y, sin embargo, no sucede así, sino que la potestad administrativa a quien realmente se quiere subordinar es a la actividad de los Tribunales penales y de donde se quiere nutrir al Derecho Administrativo Sancionador es del Derecho y no Del Derecho público estatal." (NIETO, op. cit., p.26).

As chamadas "matizações" que os princípios penais sofrem no Direito Administrativo sancionador são uma deliberada flexibilização da formulação penal inicial, servindo os princípios de Direito Penal clássico de inspiração e parâmetro máximo em termos de garantias individuais.<sup>370,371</sup>

Observe-se, ainda, que os ilícitos que, não raro, estão na área fronteira entre Direito Penal e Direito Administrativo, como bem observa Cardoso, referem-se a setores estratégicos do ponto de vista socioeconômico, quer pela atividade socioeconômica por si, quer pelos instrumentos necessários para o desenvolvimento dessa atividade, residindo justamente na importância deles o crescente intervenção sancionadora. Na medida em que um interesse é digno de tutela ou não, o problema da ordenação do Direito Administrativo traz a lume e a um primeiro plano o debate acerca dos bens jurídicos: quais interesses são dignos de tutela jurídico-sancionadora, em geral, e jurídico-penal em particular, lembrando que essa proteção deve se dar mediante o critério positivo de criminalização e negativo de limite à criminalização.<sup>372</sup>

Lorenzo Morillas Cueva<sup>373</sup> considera a atividade sancionadora da Administração como mera auxiliar da atividade penal e que deve ser restrita a certas infrações de trânsito, delitos de pouca gravidade e às faltas.

---

<sup>370</sup> *"En definitiva, nos encontramos, por tanto, con unos principios blandos o rebajados que se distancian deliberadamente de la dureza característica de su formulación inicial."* e que *"[...] tomar a préstamo las técnicas garantistas del Derecho Penal, pero a conciencia de que no son siempre adecuadas al Derecho Administrativo Sancionador."* (NIETO, 2008, p.47 e 27, respectivamente).

<sup>371</sup> No caso do Direito Administrativo Sancionador, assim como no chamado Direito Penal Econômico, há uma dificuldade na elucidação dos tipos dos ilícitos por conta da farta utilização de elementos normativos, bem como em razão da utilização de normas em branco, tipos penais abertos, cláusulas gerais, que, em conjunto, dificultam uma precisa identificação das vedações a que se refere aquele tipo de ilícito pelo destinatário dessa norma. Corroborando este entendimento de que a existência de leis indeterminadas, que descrevem vagamente a conduta ilícita, impedem a determinação da real abrangência do preceito normativo, Francisco de Assis Toledo leciona no que os tipos não podem deixar margem a dúvidas, precipuamente em matéria penal, mas que, dada a semelhança entre ilícitos penais e administrativos, também a estes se aplica, pois os ilícitos, independentemente de sua natureza, devem desempenhar uma função pedagógica motivando o comportamento humano, sendo inteligível por todos e não apenas pelos juristas. (TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p.29.)

<sup>372</sup> CARDOSO, 2001, p.13-14.

<sup>373</sup> MORILLAS CUEVA, Lorenzo. Apuntes sobre las relaciones entre el Derecho Penal y las demás ramas del ordenamiento jurídico. **Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada**, n.11, p.85-122, 1986.

Já Cardoso considera complementares a atividade sancionadora da Administração e a atividade penal e afirma que "com todas as adaptações necessárias, onde não deve chegar o Direito Penal, deve fazê-lo o Direito Administrativo sancionador"<sup>374</sup>; portanto, afirma que tanto ilícito penal quanto o administrativo protegem basicamente a mesma coisa, sendo necessário, entretanto, verificar se concretamente tutelam o mesmo.

Para isso, é necessário abordar as teorias sobre a dissensão entre ilícitos penais e administrativos desenvolvidas pela doutrina, tais como o Direito Penal de Polícia, o Direito Penal Administrativo, as infrações de ordem e o Direito Administrativo Sancionador, pois as teorias do Direito de Mera Ordenação Social, Direito Penal Secundário e Direito de Intervenção já foram abordadas no capítulo dois do trabalho.

### 3.1.3 Infração administrativa e penal: há uma diferença substancial?

Alejandro Nieto opta por não abordar o Direito Administrativo Sancionador sob a ótica do direito comparado, utilizando-se de referências estrangeiras apenas nos pontos em que as considerou absolutamente necessárias e úteis<sup>375</sup>, o que também pode ser explicado pela grande produção doutrinária espanhola sobre o tema. Porém, tendo em vista que a situação da doutrina brasileira é bem diferente da espanhola, o direito comparado mostra-se um importante instrumento para o presente estudo, motivo pelo qual serão apresentadas na sequência, de forma bem

---

<sup>374</sup> CARDOSO, 2001, p.14.

<sup>375</sup> *"Lo que el lector, en cambio, echará en falta será la bibliografía extranjera y, como su ausencia es deliberada, precisa de explicación. He renunciado, en efecto, a utilizar sistemáticamente el llamado Derecho comparado por varias razones. En primero término, por ser de ordinario bastante conocido entre nosotros a partir, sobre todo, de la traducción del primer volumen de la obra de MATTES, complementada luego cronológicamente por los estudios de SUAY y LOZANO. En segundo lugar, para reducir en lo posible la extensión de una obra que ya ha resultado, sin mayores citas, excesivamente voluminosa. Y, tercer lugar, porque he creído que ningún valor se añadiría con un acopio de erudición superflua. El resultado han sido unas referencias bibliográficas extranjeras prácticamente testimoniales y unas alusiones doctrinales tan breves como esporádicas, reducidas a los casos en que me han parecido verdaderamente útiles. El Derecho comunitario europeo se maneja, en cambio y por razones obvias, con cierta extensión a lo largo de toda la obra."* (NIETO, 2008, p.21-22).

sinéctica, as teorias do Direito Penal de Polícia, Direito Penal Administrativo até chegar-se ao Direito Administrativo Sancionador.

a) Do Direito Penal de Polícia ao Direito Administrativo Sancionador<sup>376</sup> e os critérios de diferenciação

A partir da obra de Mattes são identificáveis três grandes períodos de desenvolvimento do que hoje chamamos de Direito Administrativo Sancionador. O primeiro é o do Estado de Polícia, inerente ao Estado Absolutista<sup>377</sup>, o segundo, já no momento histórico do Estado Liberal com o Direito Penal Administrativo de Goldschmidt, até as contravenções de ordem, que ainda vigoram no Direito Alemão e que serão sucintamente abordados a seguir.

No início do século XX houve o crescimento do papel do Estado na vida social o que, ao lado da vinculação do exercício do *ius puniendi* ao princípio da legalidade, culminou, como já visto no Capítulo 2, no aumento da atuação do Direito Penal e, conseqüentemente, no trabalho dos tribunais, tornando relevante a distinção entre ilícito penal e administrativo, uma vez que as penalidades administrativas poderiam – e podem – ser aplicadas diretamente pela Administração Pública.<sup>378</sup>

Nesse contexto desenvolveu-se a doutrina do Direito Penal de Polícia, que é a primeira tentativa de diferenciar materialmente um ilícito penal de um administrativo.

---

<sup>376</sup> Sobre Direito Administrativo Sancionador: (1) CANO CAMPOS, Tomás. Derecho administrativo sancionador: Es reseña de: Derecho administrativo sancionador Alejandro Nieto García. Tecnos, 1994. **Revista Española de Derecho Constitucional**, ano 15, n.43, p.339-348, 1995. Disponível em: <[http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC\\_043\\_328.pdf](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC_043_328.pdf)>. Acesso em: 03 jul. 2007; (2) CARRETERO PÉREZ, Adolfo; SÁNCHEZ, Adolfo Carretero; SÁNCHEZ, Santiago Carretero; MANZANO, Pablo García. **Derecho administrativo sancionador**. Madrid: Edersa, 1995; (3) CASTRO LORÍA, Juan Carlos. **Derecho administrativo sancionador y garantías constitucionales**. San José: Editorial Jurídica FPDP, 2006; (4) CORDOBA, Juan Pablo Leyva Y. **Derecho sancionador administrativo**. México: Univeridad Nacional Autonoma de Mexico, 1963.

<sup>377</sup> MATTES; MATTES, 1979, p.76.

<sup>378</sup> "Com o advento do liberalismo social no final do século passado e o crescimento constante da atividade administrativa do Estado, o problema da distinção entre o ilícito administrativo e o penal adquiriu uma importância cada vez maior. O Estado não podia renunciar aos meios coativos para impor a realização de sua atividade administrativa. Com isso, surgia, todavia, o perigo de uma hipertrofia do Direito Penal. Esta extensão desmesurada do Direito Penal era censurável de um ponto de vista material, ao dar lugar à inclusão em seu âmbito de condutas não puníveis e de um ponto de vista prático, pois conduzia a um excesso de trabalho dos tribunais." (CEREZO MIR, 1993, p.27)

Inicialmente concebido por Feuerbach que, influenciado pelo jusnaturalismo racionalista da época, procurou diferenciar o "ilícito autêntico, 'natural', de um simples ilícito de polícia"<sup>379</sup>, e assim, estabelecer a diferença entre o Direito Penal Judicial ou criminal e o Direito Penal de Polícia.

Max Ernest Mayer superou a concepção jusnaturalista de Feuerbach e propôs que a diferença entre os delitos de polícia e os crimes reside na contrariedade às normas de cultura, que são, para ele, pré-estatais.

Ambos os critérios foram superados por Goldshmidt na Teoria do Direito Penal Administrativo<sup>380</sup>, resultado da obra "Direito Penal Administrativo" (no original: *Das Verwaltungsstrafrecht*<sup>381</sup>), lançada em 1902, em que esse autor dedicou-se à diferenciação material entre o ilícito penal e administrativo a partir da posição dos indivíduos na sociedade, ou seja, como ser humano e detentor de direitos individuais – esfera privada – e como administrado e membro da comunidade, sujeito a um dever de colaboração com a Administração Pública em favor da coletividade.<sup>382</sup>

Na teoria de Goldschmidt os ilícitos administrativos diferenciam-se dos penais a partir de sua característica de "antiadministratividade", isto é, pela falta de apoio às funções da Administração.<sup>383</sup>

---

<sup>379</sup> CERESO MIR, José. Sanções penais e administrativas no direito espanhol. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, Ano 1, n. 2, abril-junho-1993. p.34.

<sup>380</sup> Sobre o Direito Penal Administrativo conferir: (1) ALEXANDER, Foerster M. Gerhard; FLÓREZ, Andrés García. **La sanción administrativa y el derecho penal administrativo**. Santafé de Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1991; (2) ARENAS, Eduardo Silva. **Derecho penal administrativo**. Bogotá: Edit. Omnia, 1955; (3) CARSOLIO ZAYAS, Gabriel. **Derecho penal administrativo**. Ciudad Universitaria, 1959; (4) AFTALIÓN, Enrique R. **Derecho penal administrativo**. Buenos Aires: Ediciones Arayú, 1955.

<sup>381</sup> Obra original: GOLDSCHMIDT, James. **Das Verwaltungsstrafrecht**. Berlim: Carl Heymanns Verlag, 1902.

<sup>382</sup> "O *damnum emergens* consistiria em uma 'insurreição de um portador de vontade contra a vontade geral' (*die Auflehnung eines Willensträger gegen den allgemeinen Willen*). Uma realidade em que teríamos, por um lado, um dano à 'esfera de poder' (*Machtphäre*) de um outro portador de vontade, expressa juridicamente em um efetivo dano ao bem jurídico tutelado, e, por outro, a lesão à vontade geral representada pela própria norma. Ou ainda, de forma simples, duas precisas dimensões, uma formal e outra material, ofendidas simultaneamente através da violação conjunta tanto do preceito normativo, quanto do seu objeto de proteção. E somente aqui, na presença de um *damnum emergens*, é que poderíamos falar em um ilícito de dignidade penal." (AVILA, Fabio Roberto d'. Direito penal e direito sancionador: sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v.14, n.60, p.14, maio/jun. 2006).

<sup>383</sup> MATTES; MATTES, 1979, p.191.



Para Goldschmidt, Wolf, Lang, Bockelmann e Michels, os delitos penais eram "naturais", "de Direito Natural", enfim, "metapositivos", já os administrativos são "artificiais", "criados só pela vontade do Estado", o que é considerado por Cerezo Mir inadmissível com fundamento em Welzel, pois a historicidade "é tão inseparável da essência do Direito como da essência homem", motivo pelo qual não se pode falar em "delitos naturais".<sup>384</sup>

Lange, por sua vez, rebateu a crítica de Welzel afirmando que essa distinção não se funda no jusnaturalismo, mas que em um dado momento histórico possuem um valor ético-social, um significado social. O ilícito administrativo é então, para esse autor, "irrelevante para a ética social ou culturalmente indiferente".<sup>385</sup>

Essa concepção não é corroborada por Schmidt, Michels e Mezger-Blei porque esses teóricos consideram que o ilícito administrativo é puramente formal, isto é, não está relacionado com a defesa de um bem jurídico, mas somente à proteção de um interesse da Administração.<sup>386</sup>

O próprio Cerezo Mir consigna que a partir do núcleo central do Direito Penal até as infrações administrativas há uma linha de ilícito material que não chega a desaparecer, ressaltando que normas sem qualquer fundamento material devem ser excluídas do Direito:

No Direito Penal espanhol, inclusive as ações constitutivas de contravenções contra a ordem pública, os interesses gerais e o regime urbanístico têm sempre uma relevância ético-social ou cultural maior ou menor. [...] Em alguns casos, o ilícito material pode ser, inclusive, mais grave que em certos delitos. [...] No seio da regulação jurídica pode haver normas puramente arbitrárias ou criadas exclusivamente pela vontade do Estado. Este é o caso, por exemplo, dentro da regulamentação do tráfego, da norma que dispõe que os veículos devem circular pela direita. Nestes casos somente a existência de uma ordenação está materialmente fundada, mas é indiferente o sentido da mesma.

---

<sup>384</sup> CEREZO MIR, 1993, p.28.

<sup>385</sup> *Id.*,

<sup>386</sup> "[...] não estaria constituído pela lesão ou perigo concreto a um bem jurídico, mas somente pela lesão de um interesse da Administração. O perigo aos bens jurídicos, é, em suma, a *ratio legis* da punição destas condutas. Esta distinção qualitativa entre o ilícito administrativo e o criminal teria logo sua repercussão na diversa função e estrutura da sanção administrativa e da pena criminal. A sanção administrativa não teria outro fim que chamar o desobediente e lembrar-lhe seus deveres." (*Id.*).

Com efeito, os veículos poderiam circular perfeitamente pela esquerda (como na Inglaterra). Estas normas são sempre, todavia, parte integrante de uma disposição jurídica mais ampla e fundamentada materialmente. O Direito de trânsito, por exemplo, tende, sem dúvida, a proteger a vida humana, a integridade corporal e a propriedade. Um tratamento jurídico arbitrário, sem fundamento material algum, seria puramente despótica (sic) e deveria ser estirpada (sic) do nosso Direito.<sup>387</sup>

Também critica essa concepção teórica na medida em que não há fundamento para a retirada do conceito de bem jurídico do chamado Direito Penal Administrativo, pois não há um critério para estabelecer uma diferença entre os interesses da Administração Pública e os restantes bens jurídicos, pois o delito penal e o de polícia – ou administrativo – têm semelhante conteúdo e idêntica estrutura lógica, encontrando alguma diferença quanto à gravidade da pena e da sanção, ou seja, uma diferença quantitativa. Assim, após afastar o critério filosófico-jurídico de Wolf<sup>388</sup>, conclui que "Até o momento não foi possível encontrar um critério que permita [sozinho] destacar a diferença qualitativa entre o ilícito penal e o administrativo."<sup>389</sup>

Na Alemanha, após a doutrina do Direito Penal de Polícia e a lei de contravenções de 1968, aparecerem na doutrina as chamadas contravenções de ordem<sup>390</sup> ou Direito Penal de Ordem, que pode ser concebido a partir do critério de ataque à ordem moral. O delito penal é dotado dessa violação; já as infrações de ordem possuem uma reprovabilidade moral insignificante, devendo ser excluídas do

---

<sup>387</sup> CEREZO MIR, 1993, p.28-29.

<sup>388</sup> "O critério filosófico-jurídico sugerido por Wolf para a distinção entre o ilícito penal e o administrativo não é tampouco convencedor. Conforme esse autor, seria possível estabelecer uma diferenciação mediante a referência aos valores pelos quais devem se orientar a Administração e o Direito, quer dizer, no primeiro caso o bem estar e no segundo a justiça. É possível admitir, no entanto, que a Administração não deve se orientar pelo valor de justiça? Toda a atividade do Estado, observa, com razão, H. Mayer, inclusive, quando gira em torno de interesses temporais da Administração, vai dirigida ao fim unitário de criar uma ordem justa e útil. O Estado, como legislador, disse Mattes, não pode preservar quaisquer fins, mas-somente [sic] os assinalados pelo bem comum e estes encerram um valor geral de justiça." (*Ibid.*, p.29).

<sup>389</sup> *Id.*

<sup>390</sup> Sobre infrações de ordem, conferir: (1) ARAGONÉS BELTRÁN, Emilio. **Infraacciones y sanciones en el orden social**: derecho sustantivo, procedimiento, procesos jurisdiccionales. 6.ed. Barcelona: Il·lustre Consell de Collegis Oficials de Graduats Socials de Catalunya, 2003.

âmbito penal por se tratar de uma «mera infração de ordem», pertencente a um especial Direito Penal de Ordem.<sup>391</sup>

Esse Direito Penal de Ordem não se aplica ao Direito Espanhol porque o desenvolvimento da matéria nesse país foi diferente. Muito embora os espanhóis tenham passado pela fase do Direito Penal de Polícia e do Direito Penal Administrativo, a partir deste houve praticamente um salto para o Direito Administrativo Sancionador<sup>392</sup>, de características próprias e cujo grande objetivo é explicar a existência da prerrogativa sancionadora da Administração, que embora seja diferente, é muito próxima do poder-dever estatal de aplicar sanções por meio do Direito Penal, e que deve dotar essa prerrogativa de meios técnico-jurídicos para que se respeitem as garantias individuais dos cidadãos.<sup>393</sup>

Ressalta Cerezo Mir que na Espanha não ocorreu uma hipertrofia do Direito Penal, tal como na Alemanha, França e Itália, mas sim, o desenvolvimento de "um desmesurado poder sancionatório da Administração" e que demandou uma "desadministrativização" da atividade sancionadora do poder público ou a sujeição a princípios fundamentais de Direito Penal.<sup>394</sup>

Isso explica o motivo pelo qual na Espanha é possível identificar dois ciclos teóricos em relação à *potestad sancionadora*.

---

<sup>391</sup> *"El delito sería, según esto, um ataque al orden moral; se quería ver en él no ya la lesión de bienes jurídicos, sino un acto ético-moralmente reprochable, en el que se manifesta la voluntad (anticomunitaria, mala) criminal (derecho penal de voluntad), la lesión de un deber."* e *"Tales acciones com 'inmoralidad em sí insignificante', que no afectan de modo inmediato a la comunidad jurídica, deberían ser excluidas, como 'meras infracciones del orden', del derecho penal criminal y recogerse en un particular derecho penal de orden."* (MATTES; MATTES, 1979, p.214 e 215).

<sup>392</sup> *"Porque si puede afirmarse que la primera etapa histórica (del Derecho Penal de Policía) ha sido sensiblemente igual en ambos países [Espanha e Alemana] y si en España también ha habido una fase de Derecho Penal Administrativo (siquiera breve y simplemente doctrinal), entre nosotros se ha llegado, casi por salto, a un Derecho Administrativo Sancionador de caracteres originales y en nada tributario del Derecho extranjero."* (NIETO, 2008, p.177).

<sup>393</sup> *"El gran objetivo, sustancialmente logrado, de este Nuevo Derecho consiste en explicar la existencia de una potestad sancionadora de la Administración, distinta de la penal aunque muy próxima a ella, y además en dotar a su ejercicio de medios técnico-jurídicos suficientes, potenciando, al efecto, las garantías del particular."* (Id.).

<sup>394</sup> CEREZO MIR, 1993, p.27.

De acordo com Vicenç Aguado I Cudolà, a *potestad sancionadora* tem experimentado um notável desenvolvimento na Administração Pública espanhola a partir do primeiro terço do século XX e desde então foi tratada pela doutrina e jurisprudência espanholas quase exclusivamente sob a ótica "*de la exorbitancia y del poder*", o que resultou em uma construção doutrinária focada na elaboração de um sistema eminentemente garantista e que começou a ser implementado a partir da renovação dogmático-científica trazida para o Direito Administrativo espanhol<sup>395</sup> pela geração da Revista de Administración Pública e da qual Eduardo Garcia de Enterría é um dos expoentes.<sup>396</sup>

Houve esforço dos autores e da jurisprudência por uma "juridicalização" do procedimento administrativo, visando as garantias individuais, e com a entrada em vigor da Constituição Espanhola de 1978 essas garantias passaram a ser albergadas na interpretação constitucional.<sup>397</sup>

Mas, passada essa fase garantista, que era uma consequência lógica no contexto de arbitrariedades até então vivido, anota Vicenç Aguado I Cudolà uma tendência jurisprudencial de flexibilização por parte do Tribunal Constitucional Espanhol. Este tem aplicado os princípios e as garantias penais às situações que envolvem o Direito Administrativo Sancionador de forma mais restritiva e até mesmo excluindo certas garantias processuais com fundamento na sua incompatibilidade com a natureza do procedimento administrativo.<sup>398</sup>

---

<sup>395</sup> Sobre a história doutrinária do Direito Administrativo na Espanha, consultar: PAREJO ALFONSO, L; JIMÉNEZ BLANCO, A; ORTEGA ALVAREZ, L. **Manual de Derecho Administrativo**. 2.ed. Barcelona, 1992. p.17-39.  
PAREJO ALFONSO, L. Crisis y renovación en el Derecho Publico. **Col. Cuadernos y Debates**, Madrid: Centro de Estudos Constitucionales, n.30, p.29-39, 1991.

<sup>396</sup> AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç. **La presuncion de certeza em el derecho administrativo sancionador**. Madrid: Editorial Civitas, 1994. p.19-20.

<sup>397</sup> *Ibid.*, p.20.

<sup>398</sup> "*Ahora bien, uma vez pasada esta fase eminentemente garantista, como consecuencia lógica de lógica de la reacción a la situación jurídica existente en el régimen anterior, se puede observar una tendencia jurisprudencial del TC de carácter más restrictivo por cuanto reconduce la plena aplicación de las garantías del artículo 24.2 a su ámbito natural – el proceso -, mientras que excluye la vigencia de algunas de ellas en el procedimiento administrativo sancionador en base a su incompatibilidad respecto a la naturaleza de éste.*" (*Ibid.*, p.21).

Feitos esses esclarecimentos, a expressão Direito Penal Administrativo foi substituída, há muitos anos de acordo com Alejandro Nieto, por Direito Administrativo Sancionador. Não se trata, porém, de uma questão meramente de nomenclatura, mas sim de deliberada ruptura com o passado, abandonando o campo da Polícia e do Direito Penal para assentar a disciplina no Direito Administrativo; é um "símbolo" e uma "confissão doutrinária"<sup>399</sup>, significando um Direito Administrativo enraizado no Direito Público e não uma derivação do Direito Penal.<sup>400</sup>

Ainda, a partir do regime jurídico aplicável a um determinado tipo de sanção podem-se distinguir os ilícitos administrativos e penais.

Os italianos é que se debruçaram sobre a diferenciação a partir das teses do "interesse administrativo" ou "interesse público específico" de Benvenuti, Pagliaro y Travi; do "ordenamento particular da Administração" de Ottaviano e A. M. Sandulli e da sanção administrativa como "direito subjetivo da Administração", enquanto a penal é um "dever", de Zanobini.<sup>401</sup>

Registre-se, por fim, que o Direito Administrativo Sancionador também está relacionado com as teses do Direito Penal Secundário e Direito de Mera Ordenação Social<sup>402</sup>, bem como do Direito de Intervenção, consoante já apontado no segundo capítulo, ao qual remetemos para maiores esclarecimentos, passando-se, agora, aos critérios quantitativo e formal que buscam diferenciar os ilícitos administrativos dos penais.

---

<sup>399</sup> *"La utilización de esta denominación implica, pues, una ruptura deliberada con concepciones del pasado: se abandonan los campos de la Policía y del Derecho Penal para asentarse en el Derecho Administrativo. La expresión adquiere así el valor de un emblema y de una confesión doctrinal."* (NIETO, 2008, p.172).

<sup>400</sup> *"Em definitiva, contra viento y marea hay que afirmar que el Derecho Administrativo Sancionador es, como su propio nombre indica, Derecho Administrativo engarzado directamente en el Derecho público estatal y no un Derecho Penal vergonzante; de la misma manera que la potestad administrativa sancionadora es una potestad aneja a toda potestad atribuida a la Administración para la gestión de los intereses públicos. No es un azar, desde luego, que hasta el nombre del viejo Derecho Penal Administrativo haya sido sustituido desde hace muchos años por el más propio de Derecho Administrativo Sancionar."* (Ibid., p.27).

<sup>401</sup> No mesmo sentido: CARDOSO, 2001, p.75).

<sup>402</sup> AVILA, 2006, p.9-35.

O critério quantitativo procura diferenciar o ilícito penal do administrativo a partir da gravidade da sanção aplicada e o formal leva em consideração o regime jurídico aplicável. Ambos partem do pressuposto de que não há uma diferença qualitativa entre ambos.

Isso decorre de uma interpretação conferida ao artigo 25 da Constituição Espanhola pelo Tribunal Supremo de que se as relações de Direito Administrativo são menos severas que aquelas que são próprias do Direito Penal, as condutas objeto do primeiro deveriam ser menos graves que as objeto do segundo, cabendo ao legislador trazer uma dissimilaridade quantitativa por meio da escolha de uma penalidade administrativa ou penal para a proteção de um bem jurídico, o que culmina, também em uma diferença valorativa.<sup>403</sup>

Ocorre que, como anota Cerezo Mir, o critério quantitativo, embora considere apto para diferenciar ambos os ilícitos, não tem sido eficiente na prática para distinguir as sanções pecuniárias porque multas administrativas já superaram em muitos casos as penas pecuniárias criminais.<sup>404</sup>

Um exemplo disso no direito brasileiro é a multa prevista na Lei n.º 9.605/1998 (artigo 18, combinado com artigo 75) que pode chegar a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais), enquanto o limite máximo da multa penal (artigo 49 combinado com artigo 60, ambos do Código Penal) é de R\$ 4.212.000,00 (quatro milhões, duzentos e doze mil reais).

A ausência de limites claros para a fixação de multas pela Administração Pública traz a preocupação de que haja um caráter confiscatório nessas medidas, principalmente naquelas de cunho tributário, como para García de Enterría e Fernández Rodríguez<sup>405</sup>, para quem o artigo 33 da Constituição Espanhola, combinado com o artigo 17 da Declaração dos Direitos Humanos, reconhece e protege a propriedade privada, portanto, proíbe o confisco (não excluída, entretanto, a penalidade de perdimento de bens).<sup>406</sup>

---

<sup>403</sup> CARDOSO, 2001, p.14.

<sup>404</sup> CEREZO MIR, 1993, p.29.

<sup>405</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ, T. R. **Curso de Derecho Administrativo**. 6.ed. Madrid: Civitas, 1999. T. II. p.192.

<sup>406</sup> CARDOSO, 2001, p.20-21.

De acordo com Cardoso, a realidade legislativa espanhola mostra que existem sanções administrativas mais severas – e, portanto, mais temidas – que as sanções penais como, por exemplo, no Direito Aeroespacial, na Seguridade Social e no Direito Urbanístico.<sup>407</sup>

Desse modo, Cerezo Mir reforça a utilidade do critério quantitativo e chama a atenção para a necessidade de o legislador manter a coerência do sistema jurídico ao respeitar essas diferenças entre ilícitos penais e administrativos antes de levar em consideração critérios político-criminais de rapidez e eficácia da sanção.<sup>408</sup>

No mesmo sentido é o entendimento de Fernando Navarro Cardoso ao mencionar, naquilo que concerne à multa, que "[...] uma sanção não penal, qualquer que seja a sua natureza, deve ter como limite máximo a sanção penal, quando ambas confluírem em um mesmo setor econômico."<sup>409</sup>

O critério quantitativo tem utilidade na medida em que para alguns autores, como Bentham e Nelson Hungria, que consideram todas as leis podem ser dispostas em um mesmo plano por conta de sua identidade substancial e que carecem, portanto, de uma diferença ontológica. O que varia, para Hungria, é a maior ou menor medida de gravidade ou imoralidade existente em cada tipo de ilícito, assegurando, assim, que o "ilícito administrativo é um *minus* em relação ao ilícito penal" e insistir em uma diferenciação qualitativa é persistir, nos dizeres de Kukula, em uma 'estéril especulação'.<sup>410</sup>

---

<sup>407</sup> CARDOSO, 2001, p.21.

<sup>408</sup> "É urgente um reexame por parte do legislador dos limites entre o Direito Penal e o Direito Administrativo. Entre o ilícito penal e o administrativo, penal e sanção administrativa, cabe estabelecer, unicamente, diferenças quantitativas e a demarcação há de ser traçada pelo legislador. Na redistribuição da matéria, deve ser levado em conta, primordialmente, a gravidade das infrações, do ponto de vista material (desvalor ético-social e cultural) e, somente em um segundo momento, considerações de política criminal (a rapidez e a eficácia da sanção)." (CEREZO MIR, 1993, p.31).

<sup>409</sup> Tradução livre de: "[...] una sanción no penal, de la naturaleza que sea, debe tener limite como límite máximo la sanción penal, cuando ambas confluyan en un mismo sector económico." (CARDOSO, 2001, p.21).

<sup>410</sup> HUNGRIA, Nelson. Ilícito administrativo e ilícito penal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Histórica, v.1, p.15, jan. 1945.

Por fim, há que se falar do critério formal, pertinente ao regime jurídico estabelecido para cada tipo de ilícito, para diferenciar um ilícito administrativo de um penal.

Os autores brasileiros que trataram do tema do Direito Administrativo sancionador sob o enfoque da supremacia geral – que não fizeram uma abordagem setorial ou pertinente a uma relação especial de sujeição – são unânimes em adotar o critério formal.

Fábio Medina Osório escreve: "[...] quais os verdadeiros critérios dogmáticos que separam as sanções administrativas das penais? Já disse que se trata do formal sancionamento que indica, no fundo, a natureza penal ou extrapenal de um dado tipo proibitivo [...]"<sup>411</sup>

Daniel Ferreira assinala que "A diferenciação entre os ilícitos penal e administrativo está no específico regime jurídico a que se subordina a sanção correspondente."<sup>412</sup>

Rafael Munhoz de Mello considera que a utilização de um critério metajurídico, alheio ao direito positivo, não se presta para uma análise jurídica de diferenciação entre um crime e uma infração administrativa. Para esse autor, "[...] ao jurista não importa a natureza das coisas, mas sim a forma como elas são disciplinadas pelo direito positivo."<sup>413</sup>

Apresentados os critérios de diferenciação dos ilícitos administrativos, inclusive a partir das sanções impostas, mostra-se necessário retornar às características da categoria jurídica sanção, porém, especificamente quanto ao enfoque da espécie sujeita ao regime jurídico administrativo.

---

<sup>411</sup> OSÓRIO, 2005, p.169.

<sup>412</sup> FERREIRA, Daniel. **Sanções administrativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.p.189.

<sup>413</sup> MELLO, R. M., 2008, p.57.



b) As sanções administrativas<sup>414</sup> e o aspecto da prevenção geral<sup>415</sup>

A cominação de penas à prática de determinadas condutas consideradas ilícitas pelo ordenamento jurídico é uma forma de coação estatal direta<sup>416</sup>.

O ramo do direito que habitualmente comina penas a determinadas condutas que são consideradas reprováveis pelo direito é o Direito Penal, o qual tem por características precípua a subsidiariedade e fragmentariedade na proteção de bens jurídicos.<sup>417</sup>

Porém, como visto ao longo desta dissertação, na sociedade pós-industrial houve um aumento na utilização do Direito Administrativo em sua vertente sancionadora. O Direito Administrativo Sancionador passou a ser visto, ao mesmo tempo, como uma resposta alternativa à funcionalização extrema da tutela penal, diante da demanda por segurança advinda da sociedade – que é interpretada como necessidade de

<sup>414</sup> “Para aprofundar o tema da sanção administrativa, conferir: (1) ALEXANDER, Foerster M. Gerhard; FLÓREZ, Andrés García. La sanción administrativa y el derecho penal administrativo. Santafé de Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1991; (2) BACIGALUPO, Enrique. Sanciones administrativas: (derecho español y comunitario). Madrid: Colex 1991. (Series: Biblioteca jurídica de bolsillo, 5.); (3) BAQUER, Lorenzo Martín-Retortillo. Las sanciones administrativas en relación con la defensa de los consumidores, con especial referencia a la publicidad de las mismas. Revista de administración pública, n.126, p.133-188, 1991. Disponível em: <[http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1991\\_126\\_133.PDF](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1991_126_133.PDF)>. Acesso em: 08 fev. 2010; (4) BAQUER, Lorenzo Martín-Retortillo. Multas administrativas. Revista de administración pública, n.79, p.9-65, 1976. Disponível em: <[http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1976\\_079\\_009.PDF](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1976_079_009.PDF)>. Acesso em: 08 fev. 2010; (5) BERMÚDEZ SOTO, Jorge Andrés. Elementos para definir las sanciones administrativas. Revista Chilena De Derecho, 1998.”

<sup>415</sup> No direito comunitário: COMISIÓN EUROPEA. **The system of administrative and penal sanctions in the Member States of the European Communities**. Luxembourg Office for Official Publications of the European Communities 1994-1995.

<sup>416</sup> Especificamente sobre coação administrativa direta, conferir a obra de AGIRREAZKUENAGA, Iñaki. **La coacción administrativa directa**. Madrid: Civitas, 1990.

<sup>417</sup> “[...] a proteção de bens jurídicos realizada pelo Direito Penal é de natureza *subsidiária* e *fragmentária* – e, por isso, se diz que o Direito Penal protege bens jurídicos apenas em *ultima ratio*: por um lado, proteção *subsidiária* porque supõe a atuação principal de meios de proteção mais efetivos do instrumental sócio-político e jurídico do Estado; por outro lado, proteção *fragmentária* porque não protege todos os bens jurídicos definidos pela Constituição da República e protege apenas parcialmente os bens jurídicos selecionados para proteção penal. A proteção de *ultima ratio* de bens jurídicos pelo Direito Penal é limitada pelo *princípio da proporcionalidade*, que proíbe o emprego de sanções penais desnecessárias ou inadequadas em duas direções opostas: a) primeiro, lesões de bens jurídicos com *mínimo desvalor* de resultado não podem ser punidas com penas criminais, mas constituir contraversões ou permanecer na área da responsabilidade civil, como pequenos furtos em lojas, indústrias ou empresas em geral; b) segundo, lesões de bens jurídicos com *máximo desvalor* de resultado não podem ser punidas com penas criminais desproporcionais ou absurdas – como ocorre com os chamados *crimes hediondos*, esse grotesco produto da imaginação punitiva do legislador brasileiro.” (SANTOS, J. C., 2008b, p.6).

maior punição – e como instrumento de preservação do princípio da subsidiariedade e da intervenção mínima do Direito Penal, preservando – na medida do possível – a concepção clássica garantista e iluminista deste ramo do direito.

Nesse contexto o instituto da sanção administrativa passa a ter maior relevância no estudo do direito, motivo pelo qual serão apresentadas, a seguir, algumas noções sobre o assunto.

A cominação de uma sanção é consequência da atribuição de uma infração a alguém, o que leva Celso Antônio Bandeira de Mello a afirmar que "[...] infração e sanção administrativa são temas indissoluvelmente ligados."<sup>418</sup>

Também no que concerne à sanção, instaura-se a discussão acerca de uma diferença substancial entre as administrativas e as penais, afirmando Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>419</sup> e Heraldo Garcia Vitta que não há qualquer distinção substancial, sendo possível identificar apenas um único elemento que define o tratamento jurídico a ser dado à infração, se administrativo ou penal, e que acaba por apartá-las: a autoridade competente para impor a sanção, o que leva ao conceito de infração administrativa como "[...] o descumprimento voluntário de uma norma administrativa para o qual se prevê sanção cuja imposição é decidida por uma autoridade no exercício de função administrativa – ainda que não necessariamente aplicada nesta esfera."<sup>420</sup>

Diante disso, apresenta Celso Antônio Bandeira de Mello um conceito de infração administrativa em que um dos elementos identificadores é exatamente o fato de sua imposição ser decidida por uma autoridade no exercício da função administrativa.<sup>421</sup>

Na Espanha a doutrina majoritária segue a concepção de García de Enterría e considera sanção administrativa "qualquer mal infligido pela Administração a um administrado como consequência de uma conduta ilegal"<sup>422, 423</sup>

---

<sup>418</sup> MELLO, C. A. B., 2007, p.816.

<sup>419</sup> *Ibid.*, p.817.

<sup>420</sup> *Id.*

<sup>421</sup> Infração administrativa é: "[...] o descumprimento voluntário de uma norma administrativa para o qual se prevê uma sanção cuja imposição é **decidida por uma autoridade no exercício de função administrativa** – ainda que não aplicada nesta esfera." (*Id.*).

<sup>422</sup> ENTERRÍA, Eduardo García de. El problema jurídico de las sanciones administrativas. **Revista de Derecho Administrativo**, n.10, p.399, 1976.

<sup>423</sup> CARDOSO, 2001, p.18.

Uma concepção ainda mais ampla de sanção administrativa é propugnada por uma corrente doutrinária italiana que tem como partidários Ardizzone<sup>424</sup> e Bobbio<sup>425</sup> que engloba qualquer meio do qual se utilize a Administração no exercício de suas funções para garantir a realização de seus fins.<sup>426</sup>

Fábio Medina Osório acrescenta à definição de sanção administrativa (de caráter eminentemente negativo) a retributividade dessa consequência jurídica atribuível a uma violação da norma de conduta desencorajada pelo ordenamento jurídico e destinada a toda a coletividade ou às pessoas sujeitas a uma relação de especial sujeição perante o Estado.<sup>427</sup>

O referido autor, ao ressaltar a finalidade repressiva como elemento teleológico da sanção negativa administrativa, pontua que isso não significa que sanção administrativa e disciplinar sejam sinônimos, pois, em verdade, a sanção disciplinar é uma espécie de sanção administrativa.<sup>428</sup>

A idéia de a sanção administrativa possuir um caráter retributivo é majoritária na Itália, desde a Lei n.º 689/1981<sup>429</sup>, na Alemanha, cujo sistema é de inspiração italiana<sup>430</sup> e na Espanha.<sup>431</sup>

<sup>424</sup> ARDIZZONE, U. Sanzione amministrative. **Nuovo Digesto Italiano**. Torino, 1939. T. XI. p.1085 e segs.

<sup>425</sup> BOBBIO, Norberto. Sanzione. **Novissimo Digesto Italiano**. Torino, 1969. v.16. p.530 e segs.

<sup>426</sup> CARDOSO, 2001, p.18.

<sup>427</sup> "Consiste a sanção administrativa, portanto, em um mal ou castigo, porque tem efeitos aflitivos, com alcance geral e potencialmente *pro futuro*, imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, pelo Judiciário ou por corporações de direito público, a um administrado, jurisdicionado, agente público, pessoa física ou jurídica sujeitos ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo. A finalidade repressora, ou punitiva, já inclui a disciplinar, mas não custa deixar clara essa inclusão, para não haver dúvidas." (OSÓRIO, 2005, p.104).

<sup>428</sup> "Descabe conceituar sanção administrativa como uma medida com caráter ou finalidade puramente repressiva. Melhor, nesse passo, anda a doutrina francesa, que salienta que a sanção administrativa não ostenta natureza necessariamente disciplinar, o que não significa, por óbvio, que não possa ser disciplinar. Em realidade, tal definição abarca as medidas disciplinares, mas não as torna imprescindíveis à sanção administrativa. As sanções disciplinares se integram nas sanções administrativas; são, por certo, sanções administrativas cujos objetivos e características possuem algumas especificidades, mas nem de longe esgotam o conceito de sanção administrativa." (*Ibid.*, p.101-102).

<sup>429</sup> TRAVI, A. **Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione**. Padova: CEDAM, 1983. p.58

<sup>430</sup> CARDOSO, *op. cit.*, p.18.

<sup>431</sup> Nesse sentido *Id.* e PALMA DEL TESO, Ángeles de. **El principio de culpabilidad em el derecho administrativo sancionador**. Madrid: Tecnos, 1996. p.42-44.

Munhoz de Mello registra que as sanções administrativas são medidas aflitivas que podem ter tanto caráter retributivo quanto ressarcitório, destacando que, embora sejam espécies de um mesmo gênero, sujeitam-se a regimes jurídicos distintos, aplicando-se os princípios de Direito Administrativo Sancionador apenas às hipóteses de sanções retributivas. Reforça que a sanção administrativa retributiva, ainda que se esgote na imposição de um castigo ao infrator e não tenha a pretensão de reestabelecer o *status quo ante*, tem uma finalidade preventiva.<sup>432</sup>

Sendo assim, ponto relevante de análise em sede de sanções administrativas é a chamada prevenção geral<sup>433</sup>, que é largamente utilizada pelo Poder Legislativo como justificativa para a imposição de sanções negativas no Direito Administrativo Sancionador.

A esse respeito, cabe trazer a lição introdutória da obra de Alejandro Nieto que, embora se refira à experiência espanhola, mostra-se perfeitamente aplicável ao caso brasileiro.

Nieto afirma que essa pretendida tarefa da prevenção geral, em verdade, não se opera, pois o número de infrações previstas em leis em sentido estrito, regulamentos, regimentos, instruções, torna impossível a tarefa de o cidadão conhecer todas elas materialmente. Trata-se, inclusive, de uma tarefa árdua para os próprios juristas, pois:

O repertório de ilícitos comunitários, estatais, autônomos, municipais e corporativos ocupa bibliotecas inteiras. Não há cidadão ou jurista, por mais estudioso e experiente que seja, capaz de conhecer as infrações que podem vir a cometer a cada dia. Nessas condições, o requisito da reserva legal e da publicidade das normas sancionadoras são uma burla, pois sequer fisicamente há tempo de lê-las e ainda que sejam lidas, sejam compreendidas pelo potencial infrator de cultura média.<sup>434</sup>

---

<sup>432</sup> MELLO, R. M., 2008, p.75-81.

<sup>433</sup> Sobre a prevenção da infração administrativa: BONILHA, Ciro de Araújo Martins. **Da prevenção da infração administrativa**. São Paulo: Edipro, 2008. p.269 (se refere à infração disciplinar).

<sup>434</sup> "El repertorio de ilícitos comunitarios, estatales, autonómicos, municipales y corporativos ocupa bibliotecas enteras. No ya un ciudadano cualquiera, ni el jurista más estudioso ni el profesional más experimentado son capaces de conocer las infracciones que cada día pueden cometer. En estas condiciones, el requisito de la reserva legal y el de la publicidad de las normas sancionadoras son una burla, dado que ni físicamente hay tiempo de leerlas ni, leídas, son inteligibles para el potencial infractor de cultura media." (NIETO, 2008, p.29).

Segundo Nieto, as sanções administrativas negativas são um instrumento de legitimação da violência estatal que pode ser utilizado pela Administração Pública de maneira arbitrária, como algo muito próximo de uma loteria em que os cidadãos contam com a sorte, pois "se a Administración quiser, encontrará infracciones e infractores sem dificultad alguna".<sup>435</sup> E, diante da "inevitabilidad de las infracciones e a arbitrariedad na persecução", resta ao administrado apenas aguardar e esperar pela sorte de não ser surpreendido pela vontade estatal de sancioná-lo.<sup>436</sup>

Nesse panorama ressalta esse autor que não há espaço para a defesa em face das infrações administrativas, o que as torna um instrumento mais arbitrário ainda. Em sua opinião, algumas doutrinas – também vistas na prática jurídica do Direito Administrativo brasileiro – como a da impossibilidade de invocar a igualdade em situações jurídicas ilegais ou de escusar-se na irregularidade dos demais, chamada por ele de "*doctrina de la no invocabilidad de la igualdad*":

O cidadão médio não pode defender-se: em parte porque sabe que é infrator e em parte porque os gastos com a defesa, ordinariamente, são mais elevados que a multa. Por isso os únicos que apresentam defesas são os perseguidos, os desesperados e os pleiteadores de vocação. A partir de seu sacrifício – e às expensas da paciência dos Tribunais – tem prosperado, passo a passo, o Direito Administrativo Sancionador, mas sem melhorar a prática administrativa, visto que a Administración – último e mais indignante dos sarcasmos desse sistema – deixa escapar certamente os beneficiários da decisão, porém, não deixa de sancionar aqueles que se encontram nas mesmas circunstâncias e que deixaram de recorrer. Ou seja, que a Administración deixou-se contagiar pelo espírito social lúdico de que antes aludiu-se e ao sancionar também está jogando no sentido de que o infrator não recorra aos Tribunais. O que acontece é que esta loteria estatística sempre ganha, ainda que se percam todos os recursos, já que estes percentualmente são muito escassos.<sup>437</sup>

---

<sup>435</sup> "Ahora bien, para las Administraciones públicas ofrece el Derecho Administrativo Sancionador una cobertura ideal para el abuso y la arbitrariedad, para las represalias políticas y personales y para la extorsión más descarnada. Tal como ya he adelantado, la potestad sancionadora – cuando quiere y puede ejercerse – no es otra cosa que la legitimación de la violencia del Poder." e "El ciudadano – tal como se ha explicado antes – sabe perfectamente que está en falta y su castigo depende exclusivamente del azar y del capricho de la Administración. El español juega cada día a la lotería – negativa – [...], cuyos premios y sanciones hay que buscar (o esquivar) con entusiasmo y aceptar con resignación." e ainda, "Porque es sabido que, si la Administración quiere, encuentra infracciones e infractores sin dificultad alguna." (NIETO, 2008, p.31, 32 e 29, respectivamente).

<sup>436</sup> *Ibid.*, p.29.

<sup>437</sup> "El ciudadano medio no puede defenderse: en parte porque se sabe infractor y en parte porque los gastos de la defensa son de ordinario más elevados que la multa. Por ello únicamente se defienden los acosados, los desesperados y los pleitistas vocacionales. Con su sacrificio – y a

Advertência, multa, interdição de local ou estabelecimento, inabilitação temporária para certa atividade, extinção de relação jurídica estabelecida com o Poder Público e a apreensão ou destruição de bens são modalidades de sanções administrativas.<sup>438</sup>

Discute-se, inclusive, se as consequências acessórias do delito pertenceriam ao regime jurídico administrativo por serem "próximas às sanções administrativas"<sup>439</sup>.

A possibilidade de aplicação de uma pena privativa de liberdade em lugar de uma sanção penal pecuniária é um elemento de diferenciação entre um ilícito administrativo e um penal. Trata-se do "arresto substitutório", isto é, da uma responsabilidade pessoal subsidiária em que se estabelece um dia de privação de liberdade para cada duas quotas diárias não satisfeitas da pena pecuniária (artigo 53.1 do Código Penal espanhol) e que é duramente criticado por constituir uma espécie de prisão por dívida com o Estado, pois configura tratamento discriminatório quanto à condição socioeconômica do apenado, incompatível com uma concepção de Direito Penal Democrático. Este entendimento, entretanto, não é corroborado

---

*costa de la paciencia de los Tribunales – ha ido prosperando paso a paso el Derecho Administrativo Sancionador, pero en nada mejora la práctica administrativa, puesto que la Administración – último y más sangrante de los sarcasmos del sistema – deja escapar ciertamente a los beneficiarios de una sentencia, pero no por ella deja de sancionar a los que se encuentran en las mismas circunstancias y no han recurrido. O sea, que la Administración se ha dejado contagiar por el espíritu social lúdico a que antes he aludido y al sancionar también está jugando a que el infractor no acuda a los Tribunales. Lo que sucede es que este Lotero estadísticamente siempre gana aunque pierda todos los recursos, ya que éstos porcentualmente son muy escasos."* (NIETO, 2008, p.31).

<sup>438</sup> "Sanção administrativa é a providência gravosa prevista em caso de incursão de alguém em uma infração administrativa cuja imposição é da alçada da própria Administração. Isto não significa, entretanto, que a aplicação da sanção, isto é, sua concreta efetivação, possa sempre se efetuar por obra da própria Administração. Com efeito, em muitos casos, se não for espontaneamente atendida, será necessário recorrer à via judicial para efetivá-la, como ocorre, por exemplo, com a multa, a qual, se não for paga, só poderá ser judicialmente cobrada.

Sendo muito variadas as relações de Direito Administrativo, são também muito variadas as modalidades de sanção. Assim, existem: a) advertência; b) sanções pecuniárias – isto é, multas; c) interdição de local ou estabelecimento – como o fechamento de uma fábrica por poluir as águas; d) inabilitação temporária para certa atividade – como a suspensão do direito de licitar, ou da carteira de habilitação do motorista; e) extinção de relação entretida com o Poder Público – como as cassações de licença de funcionamento ou a decretação de caducidade de uma concessão de serviço público; f) apreensão ou destruição de bens – como, respectivamente, de equipamentos de pesca ou de caça utilizados fora das normas e de edificação construída em desobediência à legislação edilícia. Hoje não mais se admite a figura da *prisão administrativa*, sanção considerada pelo STF como inconvivente com o art. 5.º, LV e LVI, da Constituição Federal." (MELLO, 2007, p.818).

<sup>439</sup> LOZANO CUTANDA, B. **La extinción de las sanciones administrativas y tributarias**. Madrid: Marcial Pons, 1990.

pelo Tribunal Constitucional Espanhol, consoante a sentença 19, de 16 de fevereiro de 1988.<sup>440</sup>

Cumpre destacar que não se observa na doutrina qualquer menção à possibilidade de a Administração Pública impor uma pena privativa de liberdade. Trata-se de um verdadeiro limite negativo ao Direito Administrativo Sancionador; porém, não se deve esquecer que a Administração pode fechar uma empresa, o que equivale a uma 'pena de morte' de uma pessoa jurídica, sem mencionar as graves repercussões que esse ato geraria para os direitos dos trabalhadores.<sup>441</sup>

Sobre a suspensão do exercício de direitos fundamentais e de liberdades públicas, Cardoso afirma que só podem ocorrer no âmbito penal. Entretanto, do ponto de vista prático, isso pode ocorrer no âmbito das sanções administrativas na Espanha. Um exemplo disso era a lei que regulamentava a contratação com a Administração Pública espanhola e que vedava os indivíduos indiciados ou processados de contratar com o poder público, em clara ofensa ao princípio da presunção de inocência. Mesmo havendo a posterior alteração deste diploma, permanece em aberto o debate sobre a possibilidade de uma sanção administrativa suspender liberdades públicas.<sup>442</sup>

#### 3.1.4 As consequências da teoria unitária do *ius puniendi*

##### a) Princípios de Direito Administrativo sancionador

A Teoria Unitária do *Ius Puniendi*, dependendo do enfoque que lhe é conferido, pode ter duas consequências principais: resultar na transposição de princípios e garantias penais para o Direito Administrativo Sancionador, ao se reconhecer que a origem desse novo ramo reside no Direito Penal ou na inspiração da dogmática administrativa sancionadora, derivada do Direito Público, no Direito Penal.

---

<sup>440</sup> CARDOSO, 2001, p.20.

<sup>441</sup> *Ibid.*, p.22.

<sup>442</sup> *Ibid.*, p.19.

Após estudar o desenvolvimento da *potestad sancionadora* na Espanha constatar-se, principalmente a partir das lições de Alejandro Nieto, que passada uma primeira fase eminentemente garantista observa-se na doutrina e jurisprudência espanholas uma flexibilização das garantias penais aplicáveis aos ilícitos administrativos. São as chamadas "matizações" que têm por finalidade adaptar os princípios de Direito Penal ao regime jurídico sancionador administrativo e que, em alguns casos, como o referido autor anota em sua obra, forma um novo princípio que tem muito pouco em comum com a formulação original no âmbito penal.

A proximidade entre ilícitos penais e administrativos é que leva doutrinadores como Cerezo Mir a afirmar que devem ser aplicados às infrações administrativas alguns princípios fundamentais de Direito Penal, como o princípio da legalidade (e tipicidade, retroatividade da lei mais favorável), o *ne bis in idem* entre penas e sanções administrativas, culpabilidade e institutos como a prescrição e o efeito suspensivo em recurso contra a imposição de uma sanção administrativa.<sup>443</sup>

Os princípios são elementos nucleares de um sistema jurídico<sup>444</sup>, porém, nos ramos jurídicos, em geral, como acentua Nieto, tem ocorrido um exagero no seu emprego, deturpando a sua natureza ao empregar como princípios meros critérios acidentais:

[...] quando tudo são princípios, ou, o que é o mesmo, quando se denomina principio qualquer critério, embora concernente a um aspecto meramente accidental, nada mais é principio, o que se traduz em uma certa confusão quanto à idéia ou às poucas idéias originárias da instituição da qual se trata.<sup>445</sup>

Neste ponto reside a importância de se ter delimitado no primeiro capítulo do trabalho a diferença entre princípios e regras, a qual será retomada, aqui, especificamente quanto ao Direito Administrativo Sancionador nas palavras de Alejandro Nieto:

---

<sup>443</sup> CEREZO MIR, 1993, p.32-33.

<sup>444</sup> Conferir, sobre principios: (1) ARÉVALO, 1952, p.51-104 e (2) COMA, Martín Bassols. Los principios del Estado de derecho y su aplicación a la Administración en la Constitución. **Revista de Administración Pública**, n.87, p.133-159, 1978. Disponível em: <[http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1978\\_087\\_133.PDF](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1978_087_133.PDF)>. Acesso em: 03 jul. 2007.

<sup>445</sup> Tradução livre de: "[...] cuando todo son principios o, lo que es igual, cuando se denomina principio a cualquier criterio, aunque se refiera a un aspecto meramente accidental, resulta que ya nada es principio, lo que se traduce en una completa confusión acerca de la idea o de las pocas ideas originarias de la institución de que se trate." (NIETO, 2008, p.44).



Uma norma é completa (ou perfeita) se contém todos os elementos necessários para sua efetividade, pois não se trata apenas de ser inteligível, mas que, ainda, deve ser potencialmente operacional. Ordinariamente, não obstante, estes elementos somente aparecerem em normas diferentes e por isso pode-se dividi-las entre:

- normas primárias, que contém uma prescrição, isto é, a imposição de uma conduta, cujo destinatário é precisamente quem deve adotar essa conduta;
- as normas secundárias estabelecem as consequências do não cumprimento da conduta imposta e estão dirigidas aos órgãos estatais (em último caso aos juízes) encarregados de impor essas consequências;<sup>446</sup>
- as normas terciárias, por fim, estabelecem as regras pertinentes ao procedimento e competência para assegurar a execução das mencionadas consequências.<sup>447</sup>

Ainda, de acordo com Nieto, é no Direito Administrativo Sancionador que a temática dos princípios atinge seu momento culminante em que, efetivamente, tudo são princípios, pois são eles que conferem a coesão sistemática necessária às diferentes normas sancionadoras de natureza administrativa.<sup>448</sup>

Esse fato é refletido também na produção científica sobre o Direito Administrativo Sancionador – falando-se, aqui, da produção espanhola, pois a brasileira ainda é muito tímida sobre o tema em relação às situações de supremacia geral – em que predomina o tratamento das questões doutrinárias concernentes aos princípios.

---

<sup>446</sup> Lembrar de que também é aqui que se opera a prevenção geral, portanto, as normas secundárias, de acordo com os teóricos penais da defesa social, abordados no segundo capítulo, também são direcionadas aos possíveis infratores e não apenas aos agentes públicos que aplicam as consequências do descumprimento da norma.

<sup>447</sup> Tradução livre de: *"Una norma es completa (o perfecta) si contiene todos los elementos necesarios para su efectividad, puesto que no se trata sólo de que sea inteligible sino que, además, ha de ser potencialmente operativa. De ordinario, no obstante, estos elementos suelen aparecer en normas distintas y por ello se distingue tradicionalmente entre:*  
*- las normas primarias, que son las que contienen una prescripción, es decir, la imposición de una conducta, y cuyo destinatario es precisamente quien ha de adoptar tal conducta;*  
*- las normas secundarias establecen las consecuencias del incumplimiento de la conducta impuesta y están dirigidas a los órganos estatales (en último extremo a los Jueces) encargados de imponer tales consecuencias;*  
*- las normas terciarias, en fin, establecen las reglas de procedimiento y competencia para asegurar la ejecución de las consecuencias dichas."* (NIETO, 2008, p.44).

<sup>448</sup> Nesse sentido é a lição de Muñoz Quiroga: "[...] no Direito Administrativo Sancionador, em que se aplicam normas elaboradas em tempos distintos e obedecem a mentalidades diferentes, que junto a interesses gerais têm defendido interesses setoriais, o único meio de conferir coesão ao ordenamento é aplicar princípios permanentes, cuja vigência é reforçada quando abarcados pelos preceitos constitucionais." Tradução livre de: *"[...] en el Derecho Administrativo Sancionador, donde se aplican normas elaboradas en tiempos distintos y que obedecen a mentalidades diferentes, en las que junto a intereses generales se han defendido intereses sectoriales, el único medio de dar cohesión al ordenamiento es la aplicación de principios permanentes, cuya vigencia se refuerza al ser incardigados en los preceptos constitucionales."* (MUÑOZ QUIROGA, A. El principio non bis in idem. **Revista Española de Derecho Administrativo**, n.45, p.132, 1985).

Alejandro Nieto destaca que a transformação de critérios acidentais em princípios decorre do equívoco de chamar de princípios normas ou regras de caráter geral que não estão previstas em um texto positivo. Um exemplo no direito espanhol, a vedação ao estabelecimento de mais de uma sanção administrativa em relação a um mesmo direito que não foi formulada como princípio, mas como regra geral em várias leis setoriais.<sup>449</sup>

Levando-se em consideração o enfoque crítico do Direito, aliando-o à pertinente preocupação de Nieto acima referida e as exigências da dogmática, a identificação dos princípios de Direito Administrativo Sancionador a partir da Constituição Federal mostra-se como uma solução apta a conferir ao Direito Administrativo Sancionador não apenas um aspecto temporal, como também um limite material de conteúdo dinâmico – refiro-me às mutações constitucionais – que possibilitam uma abertura na dogmática que, com o auxílio da zetética, pode construir princípios sancionadores críticos e não meramente legitimadores.

No direito brasileiro há, nesse sentido, a obra de Rafael Munhoz de Mello<sup>450</sup>, cujo objeto foi especificamente a temática dos princípios de Direito Administrativo Sancionador à luz da Constituição Federal de 1988.

Nessa obra Munhoz de Mello arrola os princípios da legalidade (incorporando também os postulados da tipicidade e irretroatividade da lei mais gravosa), culpabilidade<sup>451</sup>, *non bis in idem*<sup>452</sup>, devido processo legal<sup>453</sup> (e presunção de

---

<sup>449</sup> Tradução livre de: "*Es muy posible que esto se deba al extendido error de denominar principios a las normas o reglas de carácter general que no están consignadas en un texto positivo. En el Derecho Administrativo Sancionador sucede que, por ejemplo, la prohibición de la duplicidad de sanciones por un mismo hecho no había sido formulada con carácter general como principio sino que se encontraba especificada en varias leyes sectoriales.*" (NIETO, 2008, p.44).

<sup>450</sup> Nesse sentido, especificamente no direito brasileiro, há que se conferir a obra de MELLO, R. M., 2008.

<sup>451</sup> "No direito administrativo sancionador deve ser observado o princípio da culpabilidade, que veda a imposição de sanção administrativa retributiva a sujeito que agiu sem dolo ou culpa *stricto sensu*. [...] O princípio da culpabilidade tem como corolário o princípio da pessoalidade da sanção administrativa [...] [retributiva que] deve ser imposta tão-somente a quem, com dolo ou culpa *stricto sensu*, realiza a infração administrativa, sendo vedada a punição por fato de outrem. A incidência do princípio da culpabilidade no âmbito do Direito Administrativo Sancionador torna relevante o erro, que em certas circunstâncias pode afastar a culpa do agente que pratica a conduta típica, tornando incabível a imposição da sanção." (*Ibid.*, p.261 e 262).

<sup>452</sup> Rafael Munhoz de Mello anota que "O princípio do *non bis in idem* veda a acumulação de sanções administrativas pela ocorrência de uma mesma conduta [...] [porém] não impede a cumulação de sanção administrativa com sanção penal. Prevalece no Brasil o entendimento de que são independentes as instâncias administrativa e penal, de modo de que a conclusão do

inocência)<sup>454</sup>, mas consoante anota Alejandro Nieto é o princípio da legalidade<sup>455</sup> um dos mais relevantes em sede de Direito Administrativo Sancionador.<sup>456</sup>

No caso do Direito Administrativo Sancionador, assim como no chamado Direito Penal Econômico, há uma dificuldade na elucidação dos tipos dos ilícitos por conta da farta utilização de elementos normativos, bem como em razão da utilização de normas em branco, tipos penais abertos, cláusulas gerais, que, em conjunto, dificultam uma precisa identificação das vedações a que se refere aquele tipo de ilícito pelo destinatário dessa norma.

---

processo administrativo pode ser diversa da conclusão do processo penal. A independência, todavia, não é absoluta, devendo a Administração Pública observar a decisão judicial que absolva o réu pelo reconhecimento da (i) inexistência do fato ou (ii) da negativa da autoria." (MELLO, R. M., 2008, p.262). Ainda sobre esse princípio na doutrina espanhola conferir CANO CAMPOS, Tomás. Non bis in idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho administrativo sancionador. **Revista de Administración Pública**, n.156, p.191-250, 2001. Disponível em: <[http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/2001\\_156\\_191.PDF](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/2001_156_191.PDF)>. Acesso em: 03 jul. 2007.

<sup>453</sup> "O princípio do devido processo legal exige que a Administração Pública instaure um processo antes de praticar ato que atinja a esfera jurídica dos particulares, tal qual ocorre com a sanção administrativa. Mas o princípio não é atendido apenas com a instauração de um processo prévio, impondo também a observância de garantias processuais necessárias a impedir a atuação arbitrária do poder estatal. Não se trata de qualquer processo, portanto, mas, sim, do devido processo. No curso do processo administrativo sancionador devem ser observadas as seguintes garantias processuais: (i) ampla defesa e contraditório; (ii) igualdade; (iii) publicidade; (iv) motivação; (v) autoridade administrativa natural; (vi) revisibilidade das decisões administrativas. Sem a observância de tais garantias há um simulacro de processo administrativo." (MELLO, R. M., *op. cit.*, p.262 e 263).

<sup>454</sup> Sobre a presunção de inocência ver: (1) BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O direito fundamental à presunção de inocência no processo administrativo disciplinar. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, v.37, p.11-55, jul./set. 2009; (2) CARMONA RUANO, Miguel. Prueba de la infracción administrativa y derecho fundamental a la presunción de inocencia. **Jueces para la democracia**, n.9, p.22-30, 1990. Disponível em: <<http://osu.worldcat.org/wcpa/oclc/279486574?page=frame&url=http%3A%2F%2Fdialognet.unirioja.es%2Fservlet%2Ffoaiart%3Fcodigo%3D2531910%26checksum%3Dfab152d73ba2fe6c0c371826c9de2263&title=&linktype=digit alObject&detail=>>>. Acesso em: 26 jan. 2010.

<sup>455</sup> Sobre esse princípio: (1) BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O princípio da legalidade e algumas de suas consequências para o direito administrativo sancionador. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Fortaleza, v1, p.61-75, 2003; (2) CASINO RUBIO, Miguel. **El principio de la legalidad en el Derecho Administrativo sancionador**: a vueltas con la Ley de Orden público. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10016/1417>>. Acesso em: 26 jan. 2010; (3) CAVALCANTI, Themístocles Brandão. O princípio da legalidade e o desvio de poder. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 85, p.1-7, jul./set. 1966.

<sup>456</sup> NIETO, 2008, p.27.

Corroborando este entendimento de que a existência de leis indeterminadas, que descrevem vagamente a conduta ilícita, impedem a determinação da real abrangência do preceito normativo, Francisco de Assis Toledo<sup>457</sup> leciona que os tipos não podem deixar margem a dúvidas, precipuamente em matéria penal, mas que, dada a semelhança entre ilícitos penais e administrativos, também a estes se aplica, pois os ilícitos, independentemente de sua natureza, devem desempenhar uma função pedagógica motivando o comportamento humano, sendo inteligível por todos e não apenas pelos juristas.

A norma que prescreve o ilícito deve precisar a esfera do ilícito, conferindo exatidão à delimitação do tipo, coibindo, dessa maneira, uma aplicação elástica do dispositivo para além dos limites legais, estando sua eficácia condicionada à técnica legislativa adotada para sua criação.<sup>458</sup>

As técnicas aplicadas na tipificação dos ilícitos administrativos, ao contrário do que em regra ocorre nos ilícitos penais, preferem empregar normas em branco, tipos de perigo (concreto ou abstrato), elementos normativos, cláusulas gerais, bem como comandos de supressão de qualificadoras do elemento subjetivo do tipo<sup>459</sup>, o que configura uma necessária flexibilização do princípio da legalidade nos ilícitos administrativos quando cotejado com sua concepção garantista iluminista, clássica no âmbito penal.

Observe-se que as normas em branco são compatíveis com o ordenamento jurídico-administrativo moderno como com o pós-industrial. Tais normas, como já mencionado, consistem num mero comando, pois a sua complementação é dada ou por uma norma de mesma natureza ou de natureza diversa, tendo por objetivo abarcar, com uma maior rapidez, condutas que se mostrem lesivas à Administração Pública e ao interesse público, de acordo com as alterações que ocorrem na sociedade.

---

<sup>457</sup> TOLEDO, 1994, p.29.

<sup>458</sup> FRANCO, Alberto Silva *et al.* **Código penal e sua interpretação jurisprudencial**. 7.ed. São Paulo: RT, 2001. p.6.

<sup>459</sup> SALOMÃO, Heloísa Estellita. Tipicidade no direito penal econômico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.725, p.407-423, mar. 1996.

Mas tendo em vista a delimitação do tema, por questões didáticas, será apresentada apenas a distinção atribuída a Tiedmann na doutrina alemã e a Garcia Aran na doutrina espanhola e que se refere à distinção entre leis penais em branco e elementos normativos do tipo que também pode se aplicada aos ilícitos administrativos com a mesma técnica legislativa. De acordo com essa concepção, a lei em branco é a remissão a outra norma, de outra fonte normativa, em que se determina de forma precisa o elemento típico e onde está contida a infração. Os elementos normativos também podem fazer remissões expressas a outras normas, mas neles há uma mera remissão interpretativa a outra norma para fixar o conteúdo do elemento típico, o qual já está contido na própria lei em branco.<sup>460</sup>

Essa técnica legislativa favorece a abordagem dos ilícitos administrativos na medida em que o seu elemento normativo pode ser modificado por meio de um processo de elaboração muito mais simples e célere, pois o trâmite exigido para a elaboração de uma instrução normativa ou portaria é incomparavelmente mais simples que o processo legislativo ordinário, mesmo com a aplicação analógica da *vacatio legis*, podendo-se, com isso, acompanhar as constantes mutações que ocorrem na sociedade de risco pós-industrial.

Nessa esteira, também se deve mencionar as cláusulas gerais. Estas são diferentes das normas em branco, pois tornam indefinida e imprecisa a delimitação típica do comportamento humano ou dão ao tipo as chamadas "margens alargadas", transformando o juiz em legislador e conferindo um espaço para que a arbitrariedade judicial possa campear à solta sem qualquer limitação.<sup>461</sup>

O intuito da adoção de cláusulas gerais na tipificação das condutas pertencentes ao âmbito do Direito Administrativo é evitar lacunas e ao mesmo tempo deixar de limitar a orientação da política nesta matéria, sendo possível constatar, desde logo, que se trata de uma técnica legislativa muito mais aberta que as normas penais em branco.<sup>462</sup>

---

<sup>460</sup> Tradução livre de PEREZ, Carlos Martinez-Buján. **Derecho penal econômico**: parte general. Valencia: Tirant lo blanch, 1998. p.125 e 126.

<sup>461</sup> FRANCO *et al.*, 2001, p.7.

<sup>462</sup> Conferir, sobre o assunto: COSTA, José de Faria; ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre a concepção e os princípios do direito penal econômico: notas a propósito do colóquio preparado dela AIDP

Nas cláusulas gerais há a renúncia ao estabelecimento de regras de valoração das condutas, sendo atribuição do juiz a escolha de um método para a aplicação da norma. Ele deve, então, aplicar a norma com base em suas próprias convicções subjetivas.<sup>463</sup> Elas consistiriam, pois, na utilização de uma técnica legislativa excessivamente ampla, que mescla conceitos que, penalmente, deveriam receber tratamentos diversos, obrigando o juiz a realizar a tarefa de diferenciá-los, o que, em verdade, seria competência do Poder Legislativo.

São conceitos sem limitações exatas, mas de natureza normativa cuja valoração deve ser feita por meio de critérios extrajurídicos. Para Madrid Coesa, essa liberdade para a decisão subjetiva do juiz é uma "lagoa *intra legem*", o que equivale a decidir que não há norma aplicável ao caso.<sup>464</sup>

A adoção das referidas cláusulas supramencionadas supõe uma vulneração ao que Pilar Gómez Pavón chama de "*mandato de determinación*" que equivaleria ao princípio da taxatividade – corolário do princípio da legalidade, eis que as cláusulas gerais podem vir a gerar tratamentos diversos para casos e pessoas supostamente iguais, quebrando, a seu ver, o princípio da igualdade, da segurança jurídica, e consequentemente, da legalidade, pois se perde a certeza na aplicação da lei.

Entretanto, considera-se mais acertado no contexto social em que vivemos o posicionamento de Rafael Munhoz de Mello, que considera perfeitamente conciliável com o Direito Administrativo Sancionador a utilização de conceitos jurídicos indeterminados, desde que respeitada a tipicidade; a técnica de tipificação indireta e das normas em branco.<sup>465</sup>

---

(Friburg, setembro de 1982) In: Roberto Podval (Org.). **Temas de direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.99-120.

<sup>463</sup> PAVÓN, Pilar Gómez. Cuestiones actuales Del derecho penal económico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 12, n.48, p.158, maio/jun. 2004.

<sup>464</sup> *Ibid.*, p.159.

<sup>465</sup> "O princípio da tipicidade não veda a utilização de conceitos jurídicos indeterminados, mas, por outro lado, seu uso não afasta a exigência de tipicidade. Permanece sendo necessário, quando utilizando conceito indeterminado, que o comportamento proibido seja descrito com clareza e objetividade, de modo a que os particulares possam evitar a aplicação da sanção administrativa. É admitida no direito administrativo sancionador a tipificação indireta. Na tipificação indireta o dispositivo legal que prevê a infração administrativa faz referência a outro dispositivo, no qual foi estipulada uma obrigação ou proibição, cuja inobservância caracteriza ilícito administrativo. Desde que seja possível identificar a conduta proibida, a tipificação indireta não viola o princípio da tipicidade. A tipificação global ou residual, através da qual se pretende tipificar como conduta sujeita à aplicação de sanção administrativa todo e qualquer descumprimento de norma jurídica, sem

Assim, trazidas algumas características dos princípios em sede de Direito Administrativo Sancionador em muito inspirados nos princípios Penais, cabe traçar, para finalizar esta análise, algumas considerações sobre a possibilidade de se adaptar a teoria do crime para o Direito Administrativo Sancionador.

b) Aplicabilidade do conceito estratificado de delito e da Teoria do Crime ao Direito Administrativo Sancionador

O tema dos ilícitos administrativos é tratado no ordenamento jurídico brasileiro de forma desordenada. Não é possível visualizar claramente a linha mestra sob a qual estão delineados os pressupostos para a responsabilização administrativa concernente.

Portanto, para que se tenha uma maior segurança quando da imposição das sanções administrativas, devem ser identificados critérios racionais que funcionem, seja na doutrina, seja na jurisprudência, como pressupostos para a atribuição de uma infração administrativa a alguém e aplicação da consequência jurídica pertinente.

A sistematização desses critérios em um esboço do conceito analítico contribui como um critério de racionalidade apto a assegurar um mínimo de segurança jurídica necessária aos destinatários das normas administrativas sancionatórias em um Estado Democrático de Direito.

Uma pesquisa dessa natureza envolve o levantamento de dados de decisões judiciais, bem como de atos administrativos emitidos em que são imputadas sanções administrativas, como os Tribunais de Contas e as agências reguladoras, por exemplo; porém, a doutrina brasileira ainda carece de uma investigação própria sobre esses critérios.

---

qualquer especificação, vai de encontro ao princípio da tipicidade. Na tipificação global utiliza-se uma cláusula onicompreensiva, que abrange todos os comportamentos que violem dispositivo normativo – qualquer dispositivo. Não há óbice no direito administrativo sancionador à edição das chamadas *normas em branco* [...]" (MELLO, R. M., 2008, p.260).

Outra forma de procurar sistematizar a aplicação das sanções administrativas pode se dar pelo aproveitamento da Teoria do Crime e do conceito analítico de delito desenvolvidos pelo Direito Penal, diante da semelhança entre os ilícitos estudados pela ciência criminal e os de natureza administrativa, na dogmática do Direito Administrativo Sancionador, como propôs Daniel Ferreira, justificando tal abordagem, dentre outros motivos, na inutilidade de "reinventar a roda".<sup>466</sup>

Ferreira define analiticamente a infração administrativa como conduta, típica, antijurídica e administrativamente reprovável, e na ausência de qualquer um desses elementos não se estará diante de um ilícito administrativo.<sup>467</sup>

A retirada do termo "humana" do primeiro item do conceito analítico – na Teoria do Crime o primeiro elemento é a conduta humana<sup>468</sup> - deve-se à intenção de abarcar como potencial infrator não só as pessoas físicas, como também as jurídicas. O autor também opta pela utilização da palavra comportamento em lugar de conduta, por considerá-la mais adequada ao fim proposto, bem como adota o posicionamento finalista, considerando o comportamento, tal qual Welzel, como um fazer final, um comportamento destinado a um fim, não podendo ser considerado um ato ilícito um comportamento originário de um estado de inconsciência ou coação física irresistível.<sup>469</sup>

O primeiro grau de desvalor do comportamento administrativamente reprovável é a tipicidade que significa antinormatividade, "contradição entre a conduta típica e a pretensão contida na regra de direito"<sup>470</sup>. O autor divide esse elemento em duas partes. A primeira é o tipo objetivo, que é obrigatório e corresponde ao preceito primário da norma de conduta; tem por núcleo o verbo nele descrito e pode, dependendo do tipo de infração, exigir uma modificação no mundo exterior (um resultado naturalístico).

---

<sup>466</sup> "Não é preciso reinventar a roda. Para que se propicie a adequada e precisa constatação do ilícito administrativo, basta empregar, adaptando, a ferramenta do Direito Penal, que vem se aperfeiçoando há séculos. Desta feita, adotar e aplicar um modelo de 'Teoria Geral da Infração Administrativa' é facilitar o trabalho de todos os operadores do direito envolvidos com a investigação e a repressão do eventual descumprimento da lei, ou de ato normativo nela fundado, no âmbito do interesse da administração pública." (FERREIRA, 2009, p.19 e 360).

<sup>467</sup> *Ibid.*, p.364.

<sup>468</sup> Sobre as teorias da conduta, ver GUARAGNI, Fabio Andre. **As teorias da conduta em direito penal**: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós finalista. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2009. (Coleção Direito e Ciências afins, v.2).

<sup>469</sup> FERREIRA, *op. cit.*, p.233-243 e p.365.

<sup>470</sup> FERREIRA, Daniel. **Teoria Geral da Infração Administrativa**. p.366.



A segunda é o tipo subjetivo que é facultativo, pois, em geral, se exige apenas a voluntariedade<sup>471</sup> do comportamento, e que pode aparecer por força do dispositivo legal que exigir dolo ou culpa na realização do comportamento tipificado.<sup>472</sup>

A antijuridicidade vai além da antinormatividade e significa a contrariedade do comportamento em relação ao ordenamento jurídico na sua totalidade, podendo ser afastada se constatada alguma causa de justificação, como a legítima defesa, o estado de necessidade, o estrito cumprimento de dever legal e o exercício regular de um direito, assim sendo, "A antijuridicidade é um 'plus' sobre a antinormatividade, porque a conduta típica e antijurídica tem, ainda, de se mostrar desconforme o Direito para que se possa cogitar de sua censurabilidade."<sup>473</sup>

O último elemento é a reprovabilidade do comportamento e deve ser verificada no caso concreto. Podem afastá-la a obediência hierárquica, a coação moral irresistível e o erro de proibição invencível, isto é, um problema na compreensão do tipo objetivo descrito na norma proibitiva que não poderia ser superado por aquele que praticou o comportamento vedado. Serve, ainda, de parâmetro do *quantum* da sanção, quando essa margem é deixada ao arbítrio da autoridade sancionadora.<sup>474</sup>

Anote-se que uma Teoria Geral da Infração administrativa é um instrumento de operacionalização do Direito Administrativo Sancionador que permite a identificação e o afastamento de uma infração administrativa, facilitando e tornando mais clara e menos arbitrária a imputação de sanções administrativas no caso concreto.

Uma concepção dessa natureza permite a riqueza no enfoque dogmático, abrindo espaços para a edificação de conceitos e interpretações. Isso tudo deverá ser trabalhado com muita atenção pelos juristas que deverão conscientizar-se da captação do aparelho estatal pelas classes sociais dominantes e de sua utilização para manutenção do *status quo* e em seu favor.

A racionalidade instrumental que permeia todo o sistema punitivo deve ser utilizada para tornar menos atrativa a conduta desencorajada pelo ordenamento

---

<sup>471</sup> Considera que o termo voluntariedade deve ser empregado de forma restrita: "[...] como um 'querer algo' e 'ativo'." (FERREIRA, 2009, p.366).

<sup>472</sup> *Ibid.*, p.243-284 e 366.

<sup>473</sup> *Ibid.*, p.367.

<sup>474</sup> *Ibid.*, p.286-293 e p.367-368.

jurídico, como, por exemplo, o cálculo das multas deve ser efetuado de tal forma que a conduta proibida deixe de ser atrativa ao destinatário da norma em vista da punição econômica que lhe é atribuída na penalidade cominada em abstrato.

Também deve ser refutada a aparência "neutra" que se procura conferir ao sistema legal, bem como há que se estabelecer limites à atuação da prerrogativa sancionadora. Esse limite deve ser a Constituição Federal que, além de conferir a temporalidade ao direito, atribuindo a historicidade ao conceito estratificado de infração administrativa, constitui também uma fronteira material aos bens jurídicos, aos valores constitucionalmente protegidos que, ao mesmo tempo, são objeto da tutela estatal e constituem o fundamento para a existência da prerrogativa sancionadora em um Estado Democrático de Direito.

## CONCLUSÃO

1. A partir da lição de Hannah Arendt identifica-se que o ser humano, quando não tem asseguradas condições mínimas de sobrevivência, deixa em segundo plano a política. A manutenção da própria existência passa a ser a prioridade e, por conta disso, a participação política não é completamente livre.
2. O espaço público é, por si, frágil, e deve ser mantido e instituído por meio das leis e instituições, que têm o papel de mediar um sistema de alianças entre classes dominantes e dominadas.
3. Também é por meio da lei que se estabelecem limites ao exercício do poder e que as classes dominantes, as quais se apropriam do aparato estatal, comandam o exercício do controle social institucionalizado.
4. Na lógica instrumental do capital (a “razão técnica instrumental”), o direito apresenta-se como um sistema neutro, destinado ao alcance de determinados fins e que ajusta os melhores meios para o alcance das finalidades que lhe são atribuídas externamente. Porém, o direito não é um sistema neutro e é neste ponto que reside o problema da adoção de critérios jurídicos exclusivamente formais e de construções dogmáticas legitimadoras da ordem jurídica positivada.
5. Para que haja a participação das classes dominadas no debate político, o Estado deve ter dentre suas atividades essenciais a promoção e proteção dos direitos fundamentais, para que se afaste dos indivíduos a coação da necessidade e propicie-se um espaço de liberdade para o exercício da atividade política.
6. Muito embora Horkheimer e Adorno tenham afirmado que o capitalismo administrado levou a um sistema fechado que bloqueia estruturalmente qualquer possibilidade de ação genuinamente transformadora e que autores, como o filósofo marxista István Mészáros, procurem combater esse fechamento, o fato é que essa lógica autodestrutiva está presente na sociedade atual. O capitalismo é o sistema dominante, portanto, há que se lidar com os problemas que dele surgem até que se estabeleça um novo paradigma sociocultural.

7. Nas palavras de Boaventura de Souza Santos, estamos em um momento de transição paradigmática e que gera inseguranças na sociedade. Trata-se da crise final do paradigma sócio cultural moderno em que a emancipação colapsa na regulação.
8. Por conta desse momento de transição paradigmática há um sentimento coletivo de insegurança, característico da sociedade de risco e da modernidade líquida. Constata-se um clamor social por mais segurança, que é interpretado pelos “barômetros da ansiedade” social como uma crescente necessidade de disciplina. Assim sendo, o Estado utiliza a função simbólica do Direito Penal em lugar de resolver o problema na efetiva proteção dos bens jurídicos, em especial, os que têm por substrato os direitos fundamentais.
9. Essa crescente necessidade de segurança, refletida no aumento de disciplina, reverbera na doutrina jurídica por meio de construções teóricas que, de um lado, buscam a expansão e a funcionalização extrema da tutela penal e, de outro, propõem a utilização do âmbito sancionador do Direito Administrativo (que se convencionou chamar de Direito Administrativo Sancionador).
10. Nesse contexto, os estudos com enfoque zetético, assim como os estudos interdisciplinares, contribuem de sobremaneira para uma abordagem crítica das teorias dogmáticas.
11. A postura crítica é fundamental, cabendo ao jurista atentar para a historicidade do direito e para a necessidade de desvendar a estrutura do poder que subjaz o ordenamento jurídico, principalmente no que concerne ao controle social.
12. A Dogmática Jurídica deve conciliar a realidade, a ordem jurídica vigente – com o cuidado de não construir uma teoria meramente legitimadora –, o grau de abertura a ser conferido quando da interpretação dos dogmas, assim como as contribuições de outras disciplinas jurídicas – não só das disciplinas dogmáticas, mas também daquelas com enfoque zetético –, para que se construa uma teoria crítica do direito.
13. O direito é uma ciência “viva”, dinâmica, mutável e que está em constante transformação e reformulação, assim como a sociedade que ele regula.

14. Partindo-se da Teoria do Direito destaca-se, para o estudo das infrações administrativas, a noção de ilícito como categoria jurídica e conceito lógico-jurídico.
15. No ilícito predomina a idéia de contrariedade à norma de conduta que regula o comportamento social desejado, sendo a sanção negativa a consequência jurídica imputada pela violação desta norma. Mas há certas condutas que são encorajadas e fomentadas pelo ordenamento jurídico que, quando realizadas, têm como consequência jurídica um benefício, conhecido por sanção positiva ou premial. Esse enfoque das sanções positivas e negativas, a partir de Hart e de Norberto Bobbio, foi o escolhido porque melhor se coaduna com as transformações da sociedade moderna. Ele facilita uma ótica promocional do Direito e muda a visão legal em relação às sanções jurídicas que não mais são vistas apenas como obrigações, mas também como promessas.
16. De acordo com o ceticismo não há um caráter obrigatório intrínseco da norma, mas um sentimento de compulsão que os indivíduos experimentam e que os leva a agir de acordo com a norma e a voltar-se contra aqueles que a violam. Este sentimento é interpretado por meio de um sistema de regras, em cuja incerteza e abertura que se constrói a dogmática e surge o espaço para a crítica do ordenamento jurídico positivado.
17. O ilícito administrativo está relacionado com as normas de conduta que estabelecem se um determinado comportamento é proibido, permitido, fomentado ou obrigatório. Essas normas podem ser complexas, isto é, formadas por um preceito primário, em que se define a conduta, geralmente, proibida, e, por um preceito secundário, em que se comina a penalidade em abstrato. Mas, essas normas de conduta também podem prever no preceito primário um comportamento que é fomentado pelo Estado e que tem por recompensa um benefício previsto no preceito secundário, o qual passa a ser uma obrigação para o poder público, uma vez comprovada a ocorrência da hipótese legal.
18. Coação e sanção não se confundem, pois o uso da força por parte do poder público, isto é, da coação, só ocorre quando houver resistência do sujeito à imposição de uma sanção ou ao cumprimento de uma obrigação.

19. Desde o Estado de Polícia podem ser observados dois grandes períodos de ampliação do poder punitivo estatal e em que houve um aumento na utilização da solução institucional para os conflitos sociais. A partir das características destes dois períodos, Mathiesen chama a atenção para sinais de que estaríamos adentrando, com a sociedade pós-industrial, em um terceiro e novo período.
20. Com apoio nos ensinamentos de António Manuel Hespanha, destacou-se a importância da História do Direito e do casuísmo, pois a diversidade e alguns importantes detalhes perdem-se no caminho para a generalização e expressão de um comportamento dominante em certo contexto histórico.
21. No Brasil, durante o Antigo Regime, havia o direito de almotacaria por meio do qual se imputavam de sanções de cunho administrativo pelos almotacés, uma espécie rudimentar de fiscal. Esse direito mostra-se como um campo de investigação valioso para o Direito Administrativo brasileiro, mas que ainda não foi propriamente averiguado.
22. A partir da análise da origem do Direito Administrativo e da história institucional do *ius puniendi* na sua vertente penal, verifica-se uma semelhança entre o poder punitivo do Estado enquanto administrador público e enquanto detentor do poder-dever de punir aqueles que violam as normas penais.
23. O primeiro período na história das instituições em que a prisão desempenhou um papel fundamental no controle social ocorreu no fim do século XVI e durante o XVIII – momento que coincide com o Estado de Polícia. Com a quebra da ordem social feudal, a Europa estava superpovoada de desocupados, pedintes e andarilhos, o que era um problema para o comércio. Diante de um número expressivo de pessoas pertencentes a este grupo, a institucionalização foi a saída encontrada para fazer com que esses indivíduos fossem inseridos no modo de produção mercantilista. Uma vez institucionalizados, eram colocados para trabalhar em uma atividade que fosse a mais lucrativa possível, o que se coadunava com a filosofia mercantilista da época e com a autossuficiência dessas instituições.
24. A segunda etapa em que prisão tornou-se o elemento central da política criminal ocorreu por volta de mil e oitocentos, quando a maioria dos países

europeus estava entrando no modelo de produção verdadeiramente capitalista, o da linha de produção. Isso originou uma classe trabalhadora indigente, formalmente livre e improvisada. O crime estava enraizado na pobreza material. Diante disso, os métodos de punição física, como as mutilações, não poderiam mais ser empregadas, pois isso retiraria a aptidão da classe trabalhadora de seguir as pretensiosas e detalhadas disciplinas de trabalho, agora necessárias na indústria. Foi assim que apareceram as prisões disciplinares (Foucault e Bentham) como forma de disciplinar os indivíduos mais pobres da nova classe trabalhadora e trazê-los para a linha de trabalho.

25. A partir da análise dos dois períodos em que a prisão passou a desempenhar um papel central na política criminal, Thomas Mathiesen registra que é possível constatar três pontos em comum entre esses dois períodos e que podem ser visualizados em nosso tempo, quais sejam: (1) o aumento da população carcerária em longo prazo; (2) aumento do significado da solução institucional como componente da política criminal e (3) aumento na necessidade de disciplinar segmentos ou grupos da população. A conjugação dessas características levam à previsão de que estamos adentrando em uma nova etapa do sistema punitivo.
26. Diante da possibilidade de estarmos em uma nova etapa do sistema punitivo, investigou-se a relação entre os conflitos e o controle social. Com apoio na doutrina de Fernando Navarro Cardoso foi possível afirmar que o controle social institucionalizado é necessário. Todo processo de socialização demanda que existam normas de conduta e sanções negativas aplicáveis na hipótese de violação dessas normas, acrescentando-se, ainda, a nosso ver, as sanções positivas que fomentam a prática de determinadas condutas e, tudo isso, pressupõe a existência de um sistema jurídico que viabilize a prevenção e a resolução pacífica de conflitos.
27. O controle social também reflete a estrutura do poder em uma sociedade e, ao estudar-se o controle social, descobre-se qual é essa estrutura.
28. Há construções na Teoria Penal Clássica que intentam explicar o propósito da punição e que podem ser divididas em teorias de defesa social e de retribuição.

29. As teorias retributivas consideram que a punição tem um valor intrínseco e, por isso, são chamadas de teorias penais absolutas.
30. As teorias de defesa social têm por subgrupos as teorias de prevenção geral e as de prevenção especial ou individual.
31. A prevenção geral negativa ou de intimidação considera que a cominação de penas em abstrato tem uma função de intimidação. Já para a prevenção geral positiva as penas cominadas reforçam o sentimento de crença na vigência e validade do Direito.
32. A prevenção especial negativa consiste na eliminação do criminoso por meio da pena de morte ou por meio da restrição de sua liberdade, visando coibir a possibilidade de que ele volte a cometer crimes. Na prevenção especial positiva, também chamada de prevenção especial de reintegração, a condenação em pena de prisão ou outra e a execução da pena devem ter como objetivo fundamental a reintegração do delinquente na sociedade.
33. Dentre as teorias criminológicas, destacam-se a criminologia radical e o *labelling approach*. Ambas denunciam a seleção de uma clientela do sistema penal a pretexto de suas condutas, havendo, de um lado, aqueles que são definidos como desviantes e, de outro, os que estabelecem qual é o comportamento padrão.
34. No contexto de transição paradigmática, de uma modernidade líquida, o direito tem que se adaptar às mudanças sociais e nessa tentativa há um choque entre as concepções clássicas e aquelas que procuram adaptar o direito ao contexto atual. Assim, o modelo do Direito Penal de tradição iluminista, como um sistema de garantias do cidadão frente ao Estado e que tem no crime de dano a forma habitual de comportamento delitivo, conflita com a orientação pelas conseqüências, o crime de perigo como forma usual delitiva e o favorecimento de ideias teórico-preventivas e retributivas, marcantes no Direito Penal atual.
35. Como formas de conciliar as mudanças desse contexto social ao Direito Penal são apontadas pela doutrina as seguintes vias de superação do paradigma penal atual: a restrição da função penal à tutela de direitos individuais, a funcionalização extrema da tutela penal, a expansão do



Direito Penal (Direito Penal de Duas Velocidades, o Direito de Mera Ordenação Social e o Direito Penal Secundário).

36. Os Teóricos Críticos do Direito Penal que propugnam que o Direito Penal deve permanecer restrito ao seu âmbito clássico, de tutela de direitos individuais, apresentam como alternativa para a tutela dos riscos inerentes à sociedade pós-industrial um novo ramo jurídico chamado de “direito de intervenção” e que se pode chamar de Direito Administrativo Sancionatório ou Sancionador.
37. No Direito Penal de Duas Velocidades há um núcleo de Direito Penal em que valeriam, sem quaisquer modificações, os princípios de Direito Penal clássico, isto é, um “núcleo duro” dirigido à proteção de bens jurídicos individuais, com individualização da responsabilidade, da culpa e autoria, sendo que a pena privativa de liberdade seria aplicável exclusivamente a esses casos. Na periferia ou no “âmbito lateral” deste núcleo central está outro tipo de direito sancionador.
38. Conclui-se a partir desta dissertação que o Direito Administrativo Sancionador deve ser direcionado aos grandes e novos riscos da sociedade atual, em que os princípios clássicos de Direito Penal liberal devem estar amortecidos ou mesmo transformados, dando lugar a outros significados aos princípios já existentes ou à criação de novos princípios.
39. O Direito de Mera Ordenação Social pertence ao sistema jurídico português e é uma forma integrada de descriminalização que se coaduna com o princípio da subsidiariedade do Direito Penal. Trata-se de um programa político-criminal que criou a figura dos “ilícitos contra-ordenacionais”, assim definidos por conta da pequena importância das infrações por ele abarcadas, reconduzindo-as a um puro Direito Penal de bagatelas. Porém, houve um alargamento das áreas de intervenção do Direito de Mera Ordenação Social a setores para os quais ele não era destinado, em particular os circuitos econômicos e tecnológicos de grande complexidade. E o problema disso é que esta tendência não fora acompanhada por qualquer evolução de índole garantista.
40. A criminalidade econômica faz parte de uma teia criminosa que visa o lucro por meio da prática de atividades ilegais. Deve ser combatida com

a utilização de critérios que observem a racionalidade entre os custos e os benefícios econômicos advindos dessas atividades. Diante disso, as sanções pecuniárias e restritivas de direitos aparecem também como medidas eficazes de coibir esses comportamentos da criminalidade econômica, tornando relevante o estudo das infrações administrativas e da sua relação com os ilícitos penais.

41. A semelhança existente entre as infrações penais e administrativas, assim como uma similaridade que se observa entre o *ius puniendi* ilustrado na dogmática penal e a combinação dos poderes-deveres da Administração Pública, leva a uma construção teórica de unidade do poder punitivo estatal.
42. Conclui-se que a Teoria da Unidade do *ius puniendi* deve ser adotada no sentido proposto por Alejandro Nieto, qual seja, o de que se trata de um poder punitivo que tem por matriz o Direito público estatal, o que significa que o Direito Administrativo Sancionador não advém do Direito Penal, mas guarda com este ramo jurídico uma grande proximidade. Isso denota que os princípios penais não são diretamente aplicáveis ao Direito Administrativo Sancionador, mas lhe servem de inspiração, o que explica as chamadas “matizações” que os princípios penais sofrem no Direito Administrativo Sancionador e que consistem em uma deliberada flexibilização da formulação penal inicial.
43. Essa primeira reação de atrelar o Direito administrativo Sancionador a uma tradição garantista foi essencial para o início da sistematização do Direito Administrativo Sancionador. Sem ela, não seria possível descobrir as nuances que os princípios assumem quando da imputação de sanções administrativas e que acabaram por inaugurar um novo ramo jurídico.
44. A partir da obra de Heinz e Herta Mattes destacam-se as doutrinas alemãs do Direito Penal de Polícia, do Direito Penal Administrativo e das infrações de ordem.
45. No início do século XIX desenvolveu-se na doutrina a primeira tentativa de diferenciar materialmente os ilícitos penais e administrativos com Feuerbach. Influenciado pelo jusnaturalismo, diferenciou o ilícito natural (penal) do ilícito de polícia (administrativo). Com Mayer, superou-se a

concepção jusnaturalista pelo critério de contrariedade às normas de cultura (apenas os ilícitos penais contrariavam estas normas).

46. O Direito Penal de Polícia deu lugar à Teoria do Direito Penal Administrativo de James Goldschmidt, que se dedicou à diferenciação material entre ilícito penal e administrativo. O critério utilizado foi a posição dos indivíduos na sociedade, ou seja, enquanto ser humano e detentor de direitos individuais – esfera privada – e enquanto administrado e membro da comunidade, sujeito a um dever de colaboração com a Administração Pública em favor da coletividade. Os delitos penais eram naturais, metapositivos e os administrativos artificiais, “criados só pela vontade do Estado”.
47. Na sequência aparece a doutrina alemã do Direito Penal de Ordem. Este considera as infrações penais violadoras da ordem moral, enquanto as infrações de ordem possuem uma reprovabilidade moral insignificante, o que as exclui do âmbito penal.
48. O Direito Penal de Ordem não se aplica ao direito espanhol porque o desenvolvimento da matéria nesse país foi diferente. Muito embora os espanhóis tenham passado pela fase do Direito Penal de Polícia e do Direito Penal Administrativo, a partir deste houve praticamente um salto para o Direito Administrativo Sancionador. Isso porque, na Espanha, não ocorreu uma hipertrofia do Direito Penal, tal como na Alemanha, França e Itália, mas sim, o desenvolvimento de “um desmesurado poder sancionatório da Administração” e que demandou uma “desadministrativização” da atividade sancionadora do poder público ou a sujeição a princípios fundamentais de Direito Penal. A expressão Direito Penal Administrativo foi substituída, há muitos anos, de acordo com Alejandro Nieto, por Direito Administrativo Sancionador.
49. Não há critérios que possam, sozinhos, estabelecer a diferença substancial, e até mesmo quantitativa, entre infrações administrativas e penais, como visto nesta dissertação. O critério mais seguro é apenas o formal, a partir do regime jurídico aplicável. Entretanto, isso não significa que os critérios qualitativos e quantitativos devam ser descartados, pois podem e devem ser utilizados pelo legislador como parâmetros de sistematização do ordenamento positivo, visando a coerência do sistema

jurídico sancionador. Além disso, também devem ser conjugados os critérios de rapidez e eficácia da sanção em sede de política criminal.

50. Dentre os critérios que buscam diferenciar infrações penais de administrativas está a proteção de um bem jurídico ou de um interesse da Administração Pública. Este critério foi criticado por Cerezo Mir pela impossibilidade de estabelecer um critério apto a distinguir os interesses do Poder Público, resguardados pelo Direito Administrativo Sancionador, dos outros bens jurídicos, tutelados pelo Direito Penal. Porém, isso não significa que a concepção de bem jurídico seja desnecessária ao tratamento das infrações administrativas. Muito pelo contrário.
51. Constatou-se a importância de o jurista e o legislador trabalharem conjuntamente, principalmente no que diz respeito à produção científica jurídica voltada à atividade legislativa.
52. Na sociedade pós-industrial houve um aumento do emprego do Direito Administrativo em sua vertente sancionadora. O Direito Administrativo Sancionador passou a ser visto, ao mesmo tempo, como uma resposta alternativa à funcionalização extrema da tutela penal, diante da demanda por segurança advinda da sociedade. Esta necessidade é interpretada como necessidade de maior punição, e como instrumento de preservação do princípio da subsidiariedade e da intervenção mínima do Direito Penal, resguardando, na medida do possível, a concepção clássica garantista e iluminista deste ramo do direito.
53. No Estado Democrático de Direito não há a possibilidade de a Administração Pública impor uma pena privativa de liberdade. Trata-se de um verdadeiro limite negativo ao Direito Administrativo Sancionador.
54. A suspensão do exercício de direitos fundamentais e de liberdades públicas não deve ocorrer em sede de Direito Administrativo Sancionador.
55. No Direito Administrativo Sancionador a temática dos princípios atinge seu momento culminante em que, efetivamente, tudo são princípios, pois são eles que conferem a coesão sistemática necessária às diferentes normas sancionadoras de natureza administrativa.
56. Levando-se em consideração o enfoque crítico do Direito e as exigências da dogmática, a identificação dos princípios de Direito Administrativo Sancionador a partir da Constituição Federal mostra-se como uma solução

apta a conferir ao Direito Administrativo Sancionador não apenas um aspecto temporal, como também um limite material que é dinâmico – refiro-me, aqui, às mutações constitucionais – e que possibilitam uma abertura na dogmática que, com o auxílio da zetética, pode construir princípios sancionadores críticos e não meramente legitimadores.

57. Corrobora-se o posicionamento de Rafael Munhoz de Mello, que considera perfeitamente conciliável com o Direito Administrativo Sancionador a utilização de conceitos jurídicos indeterminados, desde que respeitada a tipicidade; a técnica de tipificação indireta e as normas em branco.
58. As atividades sancionadora da administração e a penal são complementares.
59. Quanto à eficiência, a utilização de sanções positivas, de incentivos, desonera o aparelho estatal na medida em que incentiva o controle das condutas pelos próprios interessados que buscam o benefício oferecido. Não há necessidade de fiscalização. É espontâneo. Fica dentro dos limites de atuação do Estado.
60. Por fim, há que ser refutada a aparência “neutra” que se procura conferir ao sistema legal, bem como há que se estabelecer limites à atuação da prerrogativa sancionadora. Este limite deve ser a Constituição Federal que, além de conferir a temporalidade ao direito, atribuindo a historicidade ao conceito estratificado de infração administrativa, constitui também uma fronteira material aos bens jurídicos, aos valores constitucionalmente protegidos, especialmente os direitos fundamentais, que, ao mesmo tempo, são objeto da tutela estatal e constituem o fundamento para a existência da prerrogativa sancionadora em um Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento**. Rio de Janeiro: Zahar, 2006.

AGIRREAZKUENAGA, Iñaki. **La coacción administrativa directa**. Madrid: Civitas, 1990.

AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç. **La presuncion de certeza em el derecho administrativo sancionador**. Madrid: Editorial Civitas, 1994.

ALCÁZAR, M. Baena del. Instrucciones y circulares como fuente del derecho administrativo. **Revista de Administración Pública**, n.48, p.107-126, 1965. Disponível em: <[http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1965\\_048\\_107.PDF](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1965_048_107.PDF)>. Acesso em: 26 jan. 2010.

ALTAMIRA, Pedro Guillermo. **Policía y poder de policía**: derecho penal administrativo, derecho penal disciplinario, poder de policía comunal. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963.

AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de direito administrativo**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2001. v.1.

AMARO, Luciano da Silva. Infrações tributárias. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, n.67, p.25-42, 1997.

ANABITARTE, Alfredo Gallego. Las relaciones especiales de sujección y el principio de la legalidad de la Administración. **Revista de Administración Pública**, n.34, p.11-51, 1961.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. **Criminologia da libertação**. Tradução de Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: Revan, 2005.

ANTUNES, Ricardo. István Mészáros e sua ardorosa defesa da humanidade. **Revista Cult**, Edição comemorativa 10 anos, ano 10, n.119, p.10-17, 2007.

ARAGONÉS BELTRÁN, Emilio. **Infracciones y sanciones en el orden social**: derecho sustantivo, procedimiento, procesos jurisdiccionales. 6.ed. Barcelona: Il·lustre Consell de Collegis Oficials de Graduats Socials de Catalunya, 2003.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **O ilícito administrativo e seu processo**. São Paulo: RT, 1994.

ARENAS, Eduardo Silva. **Derecho penal administrativo**. Bogotá: Edit. Omnia, 1955.

ARDIZZONE, U. Sanzione amministrative. **Nuovo Digesto Italiano**. Torino, 1939. T. XI.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

ARÉVALO, Francisco Clavero. La doctrina de los principios generales del derecho y las lagunas del ordenamiento administrativo. **Revista de Administración Pública**, n.07, p.51-104, 1952. Disponível em: <[http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1952\\_007\\_051.PDF](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1952_007_051.PDF)>. Acesso em: 14 dez. 2009.

ARRUDA, José Maria. Leibniz e o idealismo alemão. **Cadernos UFS - Filosofia**, v.10, p.17-30, 2008.

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

AVILA, Fabio Roberto d'. Direito penal e direito sancionador: sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v.14, n.60, p.9-35, maio/jun. 2006.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.215, p.151-177, jan./mar. 1999.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O direito fundamental à presunção de inocência no processo administrativo disciplinar. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, v.37, p.11-55, jul./set. 2009.

BACKHAUS, Jürgen G. From Wolff to Justi. In: \_\_\_\_\_. **The Beginnings of Political Economy**. Nova Iorque: Springer, 2009. p.1-18. (Série European Heritage in Economics and the Social Sciences, v.7).

\_\_\_\_\_. Introduction. In: \_\_\_\_\_. **The Beginnings of Political Economy**. Nova Iorque: Springer, 2009. (Série: European Heritage in Economics and the Social Sciences, v.7).

\_\_\_\_\_. **The Beginnings of Political Economy**. Nova Iorque: Springer, 2009. p.1-18. (Série European Heritage in Economics and the Social Sciences, v.7).

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O princípio da legalidade e algumas de suas consequências para o direito administrativo sancionador. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Fortaleza, v1, p.61-75, 2003.

BARROS FILHO, Mário Leite de. **Direito administrativo disciplinar da polícia**. 2.ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Edipro, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. A prescrição administrativa no direito brasileiro antes e depois da Lei n.º 9.873/99. **Ciência Jurídica**, v.18, n.118, p.20-45, jul./ago., 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de teoria do estado e ciência política**. 6.ed. São Paulo: Celso Bastos, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização e as consequências humanas**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

\_\_\_\_\_. **Em busca da política**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

\_\_\_\_\_. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dantzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BENITEZ, Marian Lopez. **Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción**. Madrid: Civitas, 1994.

BENJAMIN, Walter. **Crítica da violência**. Disponível em: <[http://www.nplyriana.adv.br/artigos1/critica\\_violencia.pdf](http://www.nplyriana.adv.br/artigos1/critica_violencia.pdf)>. Acesso em: 17 out. 2009.

BIGAUT, Christian. **La Responsabilité Pénale des Hommes Politiques**. 1.ed. 1996. (Coleção: SYSTEMES).

BILLOUET, Pierre. **Foucault**. Tradução de Beatriz Sidou. São Paulo: Estação Liberdade, 2003. (Figuras do Saber/6).

BITTAR, Eduardo C. B.; SOARES, Fabiana de Menezes. **Temas de filosofia do direito**: velhas questões, novos cenários. Barueri: Manole, 2004.



BITTENCOURT, Terezinha Maria da Fonseca Passos. **A infração da norma**: um recurso estilístico. Niteroi, RJ: [s.n.], 1991.

BOBBIO, Norberto. Sanzzione. **Novissimo Digesto Italiano**. Torino, 1969. v.16.

\_\_\_\_\_. **Dalla struttura Allá funzione**. Milão: Edizione di Comunità, 1977.

\_\_\_\_\_. **Thomas Hobbes and the Natural Law Tradition**. Chicago: University of Chicago Press, 1993.

\_\_\_\_\_. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

\_\_\_\_\_. **Teoria da norma jurídica**. Bauru: Edipro, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. **Teoria do estado**. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONILHA, Ciro de Araújo Martins; BARROS FILHO, Mario Leite de. **Direito administrativo disciplinar**. São Paulo: Edipro, 2006. (Coleção Concurso Delegado de Polícia de São Paulo).

BONILHA, Ciro de Araújo Martins. **Da prevenção da infração administrativa**. São Paulo: Edipro, 2008.

BORES, Alfonso Ybarra. **La ejecución de las sanciones administrativas en el ámbito de la Unión Europea**. Sevilla: Junta de Andalucía. Consejería de la Presidencia, 2006.

BORGES, Alice Gonzales. Interesse público: um conceito a determinar. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.205, jul./set. 1996.

BRASIL. Decreto-lei n.º 3.914, de 9 de dezembro de 1941. Lei de introdução do Código Penal (Decreto-lei n.º 2.848, de 7-12-940) e da Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei n.º 3.688, de 3 de outubro de 1941). **DOU**, Brasília, 9 dez. 1941. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del3914.htm>>. Acesso em: 06 set. 2009.

BRASIL. Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **DOU**, Brasília, 24 ago. 2006.

BUSATO, P. C. Por que, afinal, aplicam-se penas?. In: SCHMIDT, Andrei Zencker Schmidt (Org.). **Novos rumos do direito penal contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. (Livro em Homenagem ao prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt).

BUSATO, P. C. Modernas teorias do delito: Funcionalismo, significado e garantismo. In: BITENCOURT, Cezar Roberto (Org.). **Direito penal no terceiro milênio**: estudos em homenagem ao Prof. Francisco Muñoz Conde. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BUSTOS RAMÍRES, J.; HORMAZÁBAL MALARÉ, H. **Lecciones de Derecho Penal**. Madrid: Trotta, 1997. v.1.

CAETANO, Marcello. **Manual de ciência política e direito constitucional**. 4.ed. Lisboa: Coimbra Editora, 1963. (Manuais da Faculdade de Direito de Lisboa).

CANO CAMPOS, Tomás. Derecho administrativo sancionador: Es reseña de: Derecho administrativo sancionador Alejandro Nieto García. Tecnos, 1994. **Revista Española de Derecho Constitucional**, ano 15, n.43, p.339-348, 1995. Disponível em: <[http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC\\_043\\_328.pdf](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC_043_328.pdf)>. Acesso em: 03 jul. 2007.

CANO CAMPOS, Tomás. Non bis in idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho administrativo sancionador. **Revista de Administración Pública**, n.156, p.191-250, 2001. Disponível em: <[http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/2001\\_156\\_191.PDF](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/2001_156_191.PDF)>. Acesso em: 03 jul. 2007.

CARDIM, Pedro. Administração e Governo: uma reflexão sobre o vocabulário do antigo regime. In: BICALHO, Maria Fernanda (Org.). **Modos de governar**: idéias e práticas políticas no império português (séculos XVI a XIX). São Paulo: Alameda, 2005.

CARDOSO, Fernando Navarro. **Infracción administrativa y delito**: límites a la intervención del derecho penal. Madrid: Editorial Colex, 2001.

CARMONA RUANO, Miguel. Prueba de la infracción administrativa y derecho fundamental a la presunción de inocencia. **Jueces para la democracia**, n.9, p.22-30, 1990. Disponível em: <<http://osu.worldcat.org/wcpa/oclc/279486574?page=frame&url=http%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fservlet%2Foaiart%3Fcodigo%3D2531910%26checksum%3Dfab152d73ba2fe6c0c371826c9de2263&title=&linktype=digitalObject&detail=>>>. Acesso em: 26 jan. 2010.

CARRETERO PÉREZ, Adolfo; SÁNCHEZ, Adolfo Carretero; SÁNCHEZ, Santiago Carretero; MANZANO, Pablo García. **Derecho administrativo sancionador**. Madrid: Edersa, 1995.

CARSOLIO ZAYAS, Gabriel. **Derecho penal administrativo**. 18.ed. Cidade do México: Ciudad Universitaria - Universidad de Mexico, 1959

CARVALHO, Márcia Dometila de. **Da fundamentação constitucional do direito penal econômico e da relevância do crime econômico e ambiental**. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - FADUSP, São Paulo, 1990.

CASINO RUBIO, Miguel. **El principio de la legalidad en el Derecho Administrativo sancionador**: a vueltas con la Ley de Orden público. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10016/1417>>. Acesso em: 26 jan. 2010

CASTILHO, Ela Wiecko de. **O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional**: Lei n.º 7.492, de 16 de junho de 1986. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CASTRO LORÍA, Juan Carlos. **Derecho administrativo sancionador y garantías constitucionales**. San José: Editorial Jurídica FPDP, 2006.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. O princípio da legalidade e o desvio de poder. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 85, p.1-7, jul./set. 1966.

CEREZO MIR, José. Sanções penais e administrativas no direito espanhol. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 1, n.2, abr./jun. 1993.

COLE, Charles Woosley. **Colbert and a century of french mercantilism**. New York: Columbia University Press, 1939.

COMA, Martín Bassols. Los principios del Estado de derecho y su aplicación a la Administración en la Constitución. **Revista de Administración Pública**, n.87, p.133-159, 1978. Disponível em: <[http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1978\\_087\\_133.PDF](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1978_087_133.PDF)>. Acesso em: 03 jul. 2007.

CONDREN, Conal. **Thomas Hobbes**: Twayne's English authors series, TEAS 559. New York: Twayne Publishers, 2000

COMISIÓN EUROPEA. **The system of administrative and penal sanctions in the Member States of the European Communities**. Luxembourg Office for Official Publications of the European Communities 1994-1995.

CORDOBA, Juan Pablo Leyva Y. **Derecho sancionador administrativo**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1963.

CORREIA, Eduardo. Direito penal e direito de mera ordenação social. In: INSTITUTO DE DIREITO PENAL ECONÓMICO E EUROPEU DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA. **Direito penal económico e europeu**: textos doutrinários. Coimbra: Coimbra Editora, 1998a. v.1.

\_\_\_\_\_. Introdução ao direito penal económico. In: INSTITUTO DE DIREITO PENAL ECONÓMICO E EUROPEU DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA. **Direito penal económico e europeu**: textos doutrinários. Coimbra: Coimbra Editora, 1998b. v.1.

COSTA, José de Faria. O fenómeno da globalização e o direito penal económico. In: PODVAL, Roberto (Org.); vários autores. **Temas de direito penal económico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COSTA, José de Faria; ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre a concepção e os princípios do direito penal económico: notas a propósito do colóquio preparado pela AIDP (Friburg, setembro de 1982) In: Roberto Podval (Org.). **Temas de direito penal económico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COSTA, Lucia Cortes da (Org.). **Estado e democracia**: pluralidade de questões. Ponta Grossa: Editora UEPG, 2008.

CRETELLA JUNIOR, José. As categorias jurídicas e o direito público. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, ano 62, n.2, 1967.

CRUZ, Sebastião. **Jus directum (directum)**. Coimbra: Coimbra Editora, 1971.

DAPKEVICIUS, Ruben Flores. **Derecho Penal Administrativo**: el procedimiento disciplinario. 2.ed. Montevideo: Editorial Amalio M. Fernandez S. R. L., 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma dogmática do direito penal secundário. In: INSTITUTO DE DIREITO PENAL ECONÓMICO E EUROPEU. **Direito penal económico e europeu**: problemas gerais. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. v.1.

\_\_\_\_\_. **Temas básicos da doutrina penal**. Portugal: Coimbra Editora, 2001.

DICIONÁRIO Aurélio Eletrônico – Século XXI, versão 3.0, nov. 1999.

DICIONÁRIO online. Disponível em: <<http://www.priberam.pt/DLPO/default.aspx?pal=utilitarismo>>. Acesso em: 28 jan. 2010.

DÍES, Luis Alfredo de Diego. **Prescripción y caducidad en el Derecho Administrativo Sancionador**. Barcelona: Bosch, 2006.

DIETZ, Mary G. **Thomas Hobbes and Political Theory**. Lawrence, Kan: University Press of Kansas, 1990.

DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação**. 2.ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

ENTERRÍA, Eduardo García de. El problema jurídico de las sanciones administrativas. **Revista de Derecho Administrativo**, n.10, p.399-430, 1976.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. 5.ed. Madrid: Civitas, 1995. v.2.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. O pensamento jurídico de Norberto Bobbio. In: BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995

FERREIRA, Daniel. **Sanções administrativa**. São Paulo: Malheiros, 2001. (Coleção Temas de Direito Administrativo/4).

FERREIRA, Daniel. **Teoria geral da infração administrativa a partir da constituição federal de 1988**. Belo Horizonte: Forum, 2009.

FLEINER, Fritz. **Les principes généraux du Droit Administratif allemand**. Tradução de Ch. Eisenmann. Paris: Librairie Delagrave, 1933. (Bibliothèque de L'Institut International de Droit Publique, I).

FOUCAULT, Michel. **Madness and civilization**. London: Tavistock, 1967.

FRANCO, Alberto Silva *et al.* **Código penal e sua interpretação jurisprudencial**. 7.ed. São Paulo: RT, 2001.

FREITAG, Bárbara. **Teoria crítica: ontem e hoje**. São Paulo: Brasiliense, 1994.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ, T. R. **Curso de Derecho Administrativo**. 6.ed. Madrid: Civitas, 1999. T. II.

GAUER, Ruth M. Chittó. Conhecimento e aceleração: mito, verdade e tempo. Separata de: **Revista de História das Idéias**, v.23. Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, 2002. p.85-96.

GAUTHIER, David P. **The Logic of Leviathan: The Moral and Political Theory of Thomas Hobbes**. Oxford: Clarendon P., 1969.

GOLDSCHMIDT, James. **Das Verwaltungsstrafrecht: Eine Untersuchung der Grenzgebiete zwischen Strafrecht und Verwaltungsrecht auf rechtsgeschichtlicher und rechtvergleichender Grundlage**. Berlim, 1902.

GORDILLO, Augustín. Pasado, presente y futuro del Derecho Administrativo. In: \_\_\_\_\_. **Tratado de Derecho Administrativo**. Tomo 1. p.01-19. Disponível em: <<http://www.gordillo.com/Pdf/1-8/1-8II.pdf>>. Acesso em: 01 fev. 2009.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 11.ed. rev. amp. atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. v.1.

GUARAGNI, Fábio André. **Prescrição penal e impunidade: crítica ao sistema prescricional brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2000.

\_\_\_\_\_. **As teorias da conduta em direito penal: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós finalista**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2009. (Coleção Direito e Ciências afins, v.2).

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário técnico jurídico**. 6.ed. rev. atual. São Paulo: Rideel, 2004.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **The concept of law**. 1.ed. reeimp. Oxford: Oxford University Press, 1970.

HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. **Revista de Estudos Criminais**, ano 2, n.8, 2003.

HERRARTE, Iñaki Lasagabaster. **Las relaciones de sujecion especial**. Madrid: Civitas, 1994.

HESPANHA, António Manuel. **Poder e instituições no antigo regime**: guia de estudo. Lisboa: Cosmos, 1992.

\_\_\_\_\_. Governo, elites e competência social: sugestões para um entendimento renovado da história das elites. In: BICALHO, Maria Fernanda (Org.). **Modos de governar**: idéias e práticas políticas no Império Português (séculos XVI a XIX). São Paulo: Alameda, 2005.

HUNGRIA, Nelson. Ilícito administrativo e ilícito penal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Histórica, v.1, p.15-21, jan. 1945.

INSTITUTO DE DIREITO PENAL ECONÓMICO E EUROPEU DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA. **Direito penal económico e europeu**: textos doutrinários. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. v.1.

JESSOP, T. E. **Thomas Hobbes**: Bibliographical series of supplements to British Book News on writers and their work, n. 130. [London]: Published for the British Council by Longmans, Green, 1960.

JESUS, Damásio de. **Prescrição penal**. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

KRAYNAK, Robert P. **History and Modernity in the Thought of Thomas Hobbes**. Ithaca, N.Y.: Cornell University Press, 1990.

LAFER, Celso. **Hannah Arendt**: pensamento, persuasão e poder. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

LORENZETTO, Bruno Meneses. **O silêncio das sereias**: tempo, direito e violência na modernidade. 2010. Dissertação (Mestrado) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.

LOZANO CUTANDA, B. **La extinción de las sanciones administrativas y tributarias**. Madrid: Marcial Pons, 1990.

LOZANO JUNIOR, José Júlio. **Prescrição penal**. São Paulo: Saraiva, 2002.

LUHMANN, Niklas. **Rechtssystem und Rechtsgmatik**. Berlim: Kohlhammer, 1974.

LUISI, Luis. **O tipo penal e a teoria finalista da ação**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1987.

LUZ, Egberto Maia. **Direito administrativo disciplinar**: teoria e prática. 3.ed. São Paulo: RT, 1994.

LUZÓN PENA, D. M. **Curso de derecho penal**: parte general. Madrid: Universitas, 1996. t.1.

MACHO, Ricardo García. **Las relaciones de especial sujeción en la constitución española**. Madrid: Editorial Tecnos, 1992.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Bookseller, 1997. v.1.

MARTEL, James R. **Subverting the Leviathan**: Reading Thomas Hobbes As a Radical Democrat. New York: Columbia University Press, 2007.

MARTINICH, Aloysius. **The Two Gods of Leviathan**: Thomas Hobbes on Religion and Politics. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

\_\_\_\_\_. **Thomas Hobbes**: British history in perspective. New York: St. Martin's Press, 1997.

MATHIESEN, Thomas. **Rett og samfunn** (law and society). 2.ed. rev. Oslo: Pax, 1977.

\_\_\_\_\_. **Prison on Trial**. London: Sage Publications, 1990.



MATTES, Heinz. **Untersuchungen zur Lehre Von den Ordnungswidrigkeiten:** Gesschichte und Rechtsvergleichung. Berlim: Editorial Duncker & Humblot, 1977.

MATTES, Heinz; MATTES, Herta. **Problemas de Derecho Penal Administrativo:** Historia y Derecho Comparado. Tradução e notas de José María Rodríguez Devesa. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1979.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 34.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Serviço público e poder de polícia: concessão e delegação. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n.7, jul./ago./set. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 13 set. 2006.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito administrativo.** 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito administrativo.** 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador:** as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2008. (Coleção Temas de Direito Administrativo, n.17).

MIR PUIG, S. **Derecho Penal:** parte general. 4.ed. Barcelona: Bosch, 1996.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional.** 7.ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo:** parte introdutória, parte geral e parte especial. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo. Apuntes sobre las relaciones entre el Derecho Penal y las demás ramas del ordenamiento jurídico. **Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada**, n.11, p.85-122, 1986. (Separata publicada em 1988).

MUÑOZ QUIROGA, A. El principio non bis in idem. **Revista Española de Derecho Administrativo**, n.45, p.129-142, 1985.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito.** 24.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. 4.ed. 2.<sup>a</sup> reimp. Madrid: Tecnos, 2008.

NOBRE, Marcos. **A teoria crítica**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004. (Coleção Filosofia Passo-a-Passo).

OLAUSSEN, Leif Petter. Avspeiler fengselsstraffen arbeidsmarkedssituasjonene? (Does the use of imprisonment mirror the labour market situation?). **Sociologi i dag**, n.4, p.32-9, 1976.

ORDENAÇÕES FILIPINAS. Disponível em: <<http://www.ci.uc.pt/ihiti/proj/filipinas/l1p162.htm>>. Acesso em: 08 set. 2009.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 2.ed. São Paulo: RT, 2005.

PALMA DEL TESO, Ángeles de. **El principio de culpabilidad em el derecho administrativo sancionador**. Madrid: Tecnos, 1996.

PAREJO ALFONSO, L. Crisis y renovación en el Derecho Publico. **Col. Cuadernos y Debates**, Madrid: Centro de Estudos Constitucionales, n.30, p.29-39, 1991.

PAREJO ALFONSO, L; JIMÉNEZ BLANCO, A; ORTEGA ALVAREZ, L. **Manual de Derecho Administrativo**. 2.ed. Barcelona, 1992.

PAVÓN, Pilar Gómez. Cuestiones actuales Del derecho penal económico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 12, n.48, p.108-143, maio/jun. 2004.

PEREIRA, Magnus Roberto de Mello. **Almuthasib**: considerações sobre o direito de almotaçaria nas cidades de Portugal e suas colônias. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbh/v21n42/a06v2142.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2009.

PEREZ, Carlos Martinez-Buján. **Derecho penal econômico**: parte general. Valencia: Tirant lo blanch, 1998.

REPA, Luís Sérgio. Max Horkheimer: o formulador da teoria crítica e do programa de materialismo interdisciplinar do Instituto de Pesquisa Social. **Revista Mente, Cérebro e Filosofia - Adorno, Horkheimer, Fromm, Benjamin**: o homem no caos do capitalismo moderno, v.7, 2008.

RIPERT, Georges. **Aspectos jurídicos do capitalismo moderno**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**: ou princípios do direito político. Tradução de Pietro Nassetti. Coleção a obra-prima de cada autor. São Paulo: Martin Claret, 2000.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. 2.ed. Tradução de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SALGADO, Gisele Mascarelli. **Sanção na teoria do direito de Norberto Bobbio**. 2008. Tese (Doutorado em Filosofia) - PUC-SP, São Paulo, 2008.

SALOMÃO, Heloísa Estellita. Tipicidade no direito penal econômico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.725, p.407-423, mar. 1996.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente**. 4.ed. São Paulo: Cortez, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal econômico. **Revista de Direito Penal e Criminologia**, Rio de Janeiro, n.33, p.197-201, jan./jun. 1982.

\_\_\_\_\_. **A responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. Disponível em: <[http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/responsabilidade\\_penal\\_juridica.pdf](http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/responsabilidade_penal_juridica.pdf)>. Acesso em: 06 jun. 2007.

\_\_\_\_\_. **A criminologia radical**. 3.ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008a.

\_\_\_\_\_. **Direito penal**: parte geral. 3.ed. rev. ampl. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008b.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Administração pública: apontamentos sobre os modelos de gestão e tendências atuais. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). **Cenários do direito administrativo**: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p.21 -56.

SCHMIDT, Andrei Zencker Schmidt (Org.). **Novos rumos do direito penal contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. (Livro em Homenagem ao prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt).

SELLIN, Thorsten. **Pioneering in penology**: the Amsterdam Houses of Correction in the sixteenth and seventeenth centuries. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1944.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Luciano Nascimento. **O moderno direito penal econômico**: a ciência criminal entre o econômico e o social. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 24 maio 2004.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**. São Paulo: RT, 2002. (Série As Ciências Criminais no Século 21).

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **¿Despenalización de las imprudencias leves?** Disponível na internet: <<http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/141385/192896>>.

SUTHERLAND, Edwin H. **White collar crime**. New York: The Dryden, 1961.

TARAJANO, Francisco Eugenio Úbeda. Sanciones disciplinarias de derecho público: las relaciones entre ilícitos administrativos y penales en el marco constitucional. **Boletín de información del Ministerio de Justicia**, Espanha, año 61, n.2033, p.985-1030, 2007. Disponível em: <<http://www.mjusticia.es/cs/Satellite?blobcol=urldescarga&blobheader=application%2Fpdf&blobkey=id&blobtable=Boletin&blobwhere=1161677921179&ssbinary=true>>. Acesso em: 24 fev. 2010.

TAVARES, José F. F. **Administração pública e direito administrativo**. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2000.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TRAVI, A. **Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione**. Padova: CEDAM, 1983.

TRIBE, Keith. Cameralism and the Science of Government. **The Journal of Modern History**, Chicago, v.56, n.2, p.263-284, jun. 1984.

VIEHWEG, Theodor. Ideologie und Rechtdogmatik. In: **Ideologie und recht**. Frankfurt: Vittorio Klostermann, 1969.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 4.ed. São Paulo: RT, 2000.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 3.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994.

WIGGERSHAUS, Rolf. **A escola de Frankfurt**: a história, desenvolvimento teórico e significação política. Rio de Janeiro: Diefel, 2002.

WILSON, Charles. The other face of mercantilism. In: COLEMAN, D. C. (Ed.). **Revisions in mercantilism**. London: Methuen, 1969.

WIMMER, Miriam. As relações de sujeição especial na administração pública. **Revista de Direito Público**, n.18, p.31-54, out./nov./dez. 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 8.ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. v.1.

### **Sites consultados**

<http://www.priberam.pt/DLPO/default.aspx?>

<http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/contrainte.php>

<http://pt.wiktionary.org/wiki/almotac%C3%A9>

<http://pessoal.educacional.com.br/up/20021/1111376/t1325.asp>

<http://www.merriam-webster.com/dictionary/approach%5B2%5D>